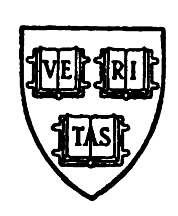
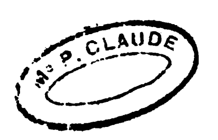
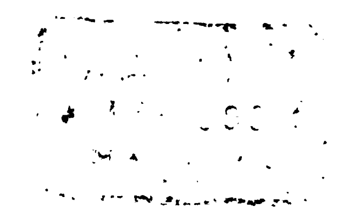



VE
RI
TAS


P. CLAUDE








DROIT MUSULMAN

DU

# STATUT PERSONNEL

ET

# DES SUCCESSIONS

PARIS. — IMPRIMERIE ARNOUS DE RIVIÈRE ET C^e, rue Racine, 26.




DROIT MUSULMAN

DU

# STATUT PERSONNEL

ET

# DES SUCCESSIONS

PAR MM.

Édouard SAUTAYRA
CONSEILLER A LA COUR D'ALGER

ET

EUG. CHERBONNEAU
ÉLÈVE DE L'ÉCOLE DES LANGUES ORIENTALES
ANCIEN PROFESSEUR D'ARABE AU COLLÉGE ARABE-FRANÇAIS D'ALGER

TOME PREMIER

DU STATUT PERSONNEL

PARIS
MAISONNEUVE ET Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS
15, QUAI VOLTAIRE, 15

1873



# PRÉFACE

La capitulation de 1830 a conservé aux indigènes de l'Algérie les lois particulières qui les régissaient avant la conquête.

Celles de ces lois qui étaient relatives au statut réel apportaient des obstacles souvent insurmontables à la sécurité des transactions entre les Européens et les Indigènes, elles empêchaient les Musulmans de profiter des avantages de notre législationm mobilière, et les plaçaient, à ce point de vue, dans un état d'infériorité qui nuisait à la prospérité de la colonie. Aussi l'Assemblée nationale a-t-elle édicté, par la loi promulguée le 8 août 1873, « que l'établissement de la propriété immobilière en « Algérie, sa conservation et la transmission contrac- « tuelle des immeubles et droits immobiliers, quels que « soient les propriétaires, seraient à l'avenir soumis à la « loi française. »

L'application de notre législation ne soulèvera aucune

difficulté parmi les indigènes parce que la loi immobilière qu'elle remplace n'était point formulée dans le Koran ni dans la Sounna, qu'elle n'avait point revêtu le caractère religieux et ne s'imposait pas à la conscience comme un article de foi; mais il n'en saurait être de même de la partie de la loi musulmane qui concerne le statut personnel et les successions. Les principes qui régissent ces matières constituent, pour la plupart, des préceptes religieux, et le législateur de 1873 a pensé, comme ceux qui l'ont précédé, qu'il serait au moins impolitique d'y porter atteinte; il a, en conséquence, déclaré dans l'article 7 de la loi du 8 août « qu'il n'était point dérogé « au statut personnel ni aux règles de succession des « indigènes entre eux. »

Le statut personnel et les successions étant ainsi définitivement maintenus, il nous a paru qu'il était utile, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'en exposer les règles, telles qu'elles sont établies par les auteurs musulmans les plus accrédités et qu'elles sont appliquées par la jurisprudence algérienne.

Notre travail comprend deux parties : les textes et un commentaire.

Les Textes. Nous les avons tous extraits, à l'exception de ceux relatifs à l'adoption que nous avons puisés textuellement dans le Koran, du *Précis de jurisprudence* de sidi Khalil, qui fait autorité depuis plus de deux siècles dans les pays qui suivent le rite malékite, l'Algérie, le Maroc, la Tunisie et le Soudan, et que l'administration française a mis entre les mains de tous les kadis de la colonie. Le *Précis de jurisprudence* pèche cependant par l'absence

d'ordre et de méthode, il contient en outre des répétitions, et, de plus, des conseils ou des maximes de morale qui n'appartiennent pas au domaine du droit. Nous n'avons donc pas cru devoir en donner une traduction littérale; nous l'avons débarrassé de tout ce qui est inutile ou superflu, et nous avons rangé le texte conservé dans l'ordre du Code civil français, afin de rendre les recherches plus promptes et les comparaisons avec d'autres législations plus faciles.

Ce texte est exclusivement malékite; mais nous avons pris soin, dans notre commentaire, d'indiquer les divergences des Hanafites, des Chafeïtes et des Hanbalites d'après la Moultéka d'Ibrahim Alépi (1), l'abrégé d'Abou Chodja (2) et l'Hedaya (3), ce qui permettra de reconnaître les lois générales admises par tous les rites et celles qui sont particulières à un ou à plusieurs d'entre eux.

Le Commentaire. Nous nous sommes appuyés pour le dresser :

1° *Sur les anciennes coutumes* suivies par les tribus arabes, dont les principales dispositions nous sont connues par l'*Histoire des Arabes* de M. Caussin de Perceval et *les Femmes arabes* de M. Perron; beaucoup d'entre elles ont passé dans la législation musulmane.

2° *Sur la loi de Moïse* telle que l'avait expliquée la tradition et que l'avaient fixée d'abord la Mischna, puis les Talmud de Babylone et de Jérusalem. Cette loi était

(1) Traduit par Mouradja d'Ohsson dans son tableau de l'Empire Ottoman, t. V et VI.
(2) Traduit par Kreijzer.
(3) Traduit en anglais par Hamilton.

pratiquée dans les puissantes tribus juives qui habitaient l'Arabie lors de l'établissement de l'islamisme, et a, suivant Turpin, Washington Irving, G. Sale, Pauthier et autres, servi de guide et de modèle à Mahomet dans sa législation sur le mariage et le divorce. Elle a été publiée récemment par MM. Sautayra et Charleville sous le titre de *Eben Haezer*, et le sous titre de *Code rabbinique*.

3° *Sur le Koran*. Ce livre sacré est considéré comme la source principale du droit musulman; il ne contient toutefois qu'un petit nombre de règles relatives au droit civil, et encore ces règles ont-elles souvent besoin d'interprétations pour pouvoir être appliquées.

4° *Sur la Sounna*, comprenant les explications, l'enseignement et les hadits émanés du Prophète. Cet enseignement et ces hadits, recueillis par ses compagnons, les Asshabs, et transmis par eux à leurs élèves, les Tabiouns, ont fait plus tard l'objet de six recueils différents. Le plus important et le plus vénéré de ces recueils est celui que el Bokhari a composé sous le nom de el Sahih (l'authentique); c'est à lui que nous avons eu recours.

5° *Sur les travaux des imams et des jurisconsultes*. Le Koran et la Sounna étant devenus insuffisants, les jurisconsultes en ont complété et amélioré les dispositions par voie d'interprétation conformément à la doctrine des Imams formulée en ces mots par Hanbal, l'un d'eux : « La « carrière de l'idjtihad ou de l'interprétation sera ouverte « aussi longtemps que durera l'islamisme (1). »

Nous avons consulté un grand nombre d'ouvrages, et

(1) Journal Asiatique 1850, p. 187.

nous les avons indiqués par une note chaque fois que nous leur avons fait un emprunt; mais il en est un auquel nous devons une mention spéciale, c'est le *Traité du mariage et des successions* de Mohammed ben Assem, commenté par el Téoudi et traduit par M. Bourdens Lasalle, conseiller à la Cour d'Alger, dont la mort a laissé dans les rangs de la magistrature un vide difficile à remplir. Cette traduction, justement appréciée par M. Perron dans son travail sur sidi Khalil (1), est manuscrite; elle nous a été confiée par l'ami et l'exécuteur testamentaire de l'auteur, M. P. de Ménerville, président de chambre à la Cour d'Alger, qui nous a autorisé à y puiser tous les documents qui pourraient nous être utiles.

6° *Sur la jurisprudence*. La justice musulmane est rendue en Algérie, en première instance par les kadis et, en appel, par les tribunaux civils ou par la Cour, suivant les distinctions faites par le décret du 25 décembre 1866. Les indigènes peuvent en outre, avant d'interjeter appel, demander que leur litige soit soumis à une assemblée de medjlès qui donne un avis consultatif. Quant aux tribunaux et à la Cour, ils statuent souverainement; mais, en cas de difficultés sur la solution d'une question d'État, ils sont tenus de demander l'avis du Conseil supérieur de justice musulmane, et de décider conformément à cet avis.

Les tribunaux français ont été, en outre, appelés à appliquer la loi musulmane, dès leur création en Algérie, soit lorsque les indigènes ont volontairement porté leurs

(1) T. VI, p. 476-477.

contestations devant eux, soit lorsque le litige soulevé par ou contre des Européens, a amené la mise en cause d'un musulman; aussi le tribunal supérieur d'Alger et, plus tard, la Cour, ont-ils rendu des décisions concernant le Statut personnel, alors qu'ils n'étaient pas investis de la connaissance des appels des kadis, et aujourd'hui encore, les Chambres de la Cour, autres que la Chambre spéciale, sont-elles régulièrement saisies de questions qui ne peuvent être tranchées que par application de la loi musulmane.

La jurisprudence algérienne comprend donc en définitive les avis de medjlès, ceux du Conseil supérieur et les décisions rendues par les kadis, par les tribunaux civils et par la Cour. Les avis des conseils musulmans et les jugements des kadis sont joints aux procédures d'appel; il nous a été dès lors facile de les relever dans les dossiers déposés au greffe; quant aux décisions rendues par les tribunaux ou par la Cour, nous les avons puisées, soit dans le *Recueil périodique* de Robe, soit dans les *Éléments de droit* de Sabatéry, soit surtout dans les minutes que nous avons compulsées avec soin.

La jurisprudence algérienne a été longuement exposée dans notre commentaire, mais pour en faire dès à présent connaître l'esprit, nous dirons qu'elle s'est affirmée en décidant, notamment :

Que le ouaci n'avait le droit d'imposer le mariage qu'autant que ce droit lui avait été spécialement conféré par le père de famille;

Que la femme avait le droit de choisir pour ouali

celui de ses parents qui lui offrait le plus de garanties;

Que le père ne pouvait pas se décharger sur un tiers de l'obligation légale qui lui incombe de nourrir ses enfants;

Que le tuteur pouvait être tenu de rendre compte au kadi chaque fois que, par son administration, il mettait en péril les intérêts de son pupille;

Que l'intérêt de l'enfant devait l'emporter dans toutes les contestations relatives à l'hadana;

Que le délai de viduité ne devait plus être déterminé d'après les lois de la nature, mais bien fixé à une époque qui, suivant les cas, était de trois mois ou de quatre mois et dix jours;

Que la durée de la grossesse ne pouvait pas dépasser neuf mois;

Que le mariage constaté par écrit devait être maintenu de préférence à un autre mariage qui ne serait établi que par témoins;

Enfin et surtout que l'union conjugale, lorsqu'elle avait été célébrée, devait être préférée à une autre union conclue, même antérieurement, avec un autre mari, mais non suivie de célébration.

---

# SIGNIFICATION

## DES MOTS ARABES EMPLOYÉS DANS CE VOLUME.

---

ACEB. — Héritiers mâles de la descendance paternelle venant après les réservataires.

ADEL, ADOULS. — secrétaires du kadi; témoins instrumentaires.

AOUN. — Huissier du kadi.

AOUA. — Collecte faite pendant une noce (usage local).

BACH'ADEL. — Celui des adouls qui remplace le kadi absent ou empêché.

BAÏN. — Non sujet à retour.

BALER'. — Majeur.

BENIKA. — Sorte de coiffure de femme.

BÉRID. — Mesure de distance.

BIKR. — Fille vierge.

BINA. — Célébration du mariage.

CHEFA'. — Droit de retrait.

CHÉRIF. — Noble; illustre; descendant du Prophète.

CHIRAR'. — Compensation.

DINAR. — Monnaie d'or.

DIRHEM. — Monnaie d'argent.

DIHAR. — Dos; assimilation injurieuse.

DJEBR. — Droit de contrainte.

DOKHOUL. — Célébration du mariage.

EMLISSIA. — Consentement présumé au mariage.

EUDDA. — Retraite de viduité.

FETOUA. — Décision juridique rendue par un mufti.

FOUROUD-FERAÏD. — Pratiques d'obligation divine.

HABOUS. — Immobilisation.

HADANA. — Droit de garde.

HADIN-HADINA. — Celui ou celle qui est chargé de la garde de l'enfant.

HARAM. — Ce qui est défendu.

HEUNÉ. — Plante tinctoriale.

HEUDJEUR. — Interdiction.

IHRAM. — Préparation pieuse pour le pèlerinage; vêtement du pèlerin.

ILA. — Serment de continence.

IMAM. — Chef spirituel.

ISTIBRA. — Retraite de continence.

KADI. — Juge et officier ministériel; tuteur des mineurs.

KALI. — Partie de la dot.

KEUBOUCH. — Pièce d'étoffe dont on s'entoure la tête.

KHIAR. — Droit d'option.

KHOULA'. — Divorce.

KITABIA. — Femme juive ou chrétienne.

KOHL. — Poudre d'antimoine pour orner les paupières.

LA'AN. — Anathème.

MAHKAMA. — Prétoire du kadi.

MAHR. — Dot.

MEDJLÈS. — Assemblée de kadis ou de savants donnant son avis sur les instances qui lui sont soumises

MEDJNOUN. — Fou; insensé.

MEKROUH. — Ce qui est réprouvé.

MELHAFA. — Pièce d'étoffe dont on s'entoure le corps.

MOKKADEM. — Tuteur désigné par le kadi.

MUFTI. — Jurisconsulte qui rend des fetoua.

NAFAKA. — Entretien.

NAQD. — Partie de la dot.

NIKAH. — Mariage.

NIKAH ECH CHIRAR'. — Mariage par compensation.

NIKAH ET TAHKIM ou NIKAH ET TEFOUÏD. — Mariage dont la dot doit être fixée par un tiers.

OUACI. — Tuteur testamentaire.

OUADJEB. — Ce qui est obligatoire.

OUALI. — Représentant de la femme.

OUALI EL MA. — Collecteur d'impôts.

OUKIL. — Mandataire.

QOUROU. — Période de pureté.

RACHID-RACHIDA. — Mineur émancipé.

REDJAÏ. — Sujet à retour.

SAA. — Mesure de capacité.

SADAK. — Dot.

SAFIH. — Développé physiquement, mais manquant de raison pour gérer ses affaires.

SOUNNA. — Lois ou règles tirées des paroles ou actes du Prophète.

S'RIR. — Enfant.

TALAK'. — Répudiation.

TSEÏB. — Fille qui n'est plus vierge.

ZIMMI-DIMMI. — Sujet tributaire.

ZINA. — Adultère.

---

# TEXTE

# DU MARIAGE

## (NIKAH)

---

### DE LA DEMANDE EN MARIAGE.

La demande en mariage et l'engagement qui la suit doivent être faits clairement.

Cette demande aura lieu en particulier.

Il est défendu de demander en mariage une femme qui a été l'objet d'une demande précédente.

Il est également défendu de demander clairement en mariage une femme qui est en retraite légale ; mais il est permis de lui dire : « Je désire me marier avec vous, » et de lui faire des présents.

Il est recommandé à celui qui se marie avec une femme déjà demandée de faire connaître son mariage à ce dernier avant de passer outre à la célébration.

### DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR CONTRACTER MARIAGE.

Les conditions prescrites pour la validité du mariage sont : 1° un ouali ou représentant, 2° une dot, 3° l'absence d'empêchement, 4° une formule d'engagement.

#### I. Ouali ou représentant.

Le père, le ouaci et le kadi ont le droit d'imposer le mariage à l'aliéné qui en a besoin ; ils ont le même droit en ce qui touche le jeune garçon (s'rir). Quant au safih, il y a divergence.

Le père a le droit d'imposer le mariage à sa fille : 1° lorsqu'elle est idiote ; 2° lorsqu'elle est vierge, quel que soit son âge, excepté

avec un eunuque; 3° lorsqu'elle est jeune encore, mais qu'elle a perdu sa virgnité, soit par suite d'accident, soit par suite de relations illégitimes.

Le mariage se trouve dans les conditions voulues lorsque le père a dit dans sa dernière maladie : « Si je meurs, je marie ma fille à... »

Lorsque le père marie sa fille pauvre à un homme également pauvre, la mère a le droit d'intervenir.

Le père n'a plus le droit de contrainte ou de djebr : 1° quand sa fille non émancipée a été déjà mariée, quoique ce mariage ait été annulé; 2° quand elle a été émancipée; 3° quand elle a séjourné un an chez son mari.

Le ouaci ou tuteur testamentaire imposera le mariage lorsque le père lui en aura conféré le pouvoir, soit en termes généraux, soit en désignant nominativement le mari. Dans les autres cas, il y a divergence.

La femme ouacia déléguera ses pouvoirs, même à un étranger, pour marier sa fille.

Le mariage sera valable, lorsque celui qui a le droit de l'imposer a autorisé son fils, son père ou son aïeul à administrer ses affaires et qu'il a approuvé le mariage conclu par eux.

Les autres parents ou représentants n'ont pas le droit d'imposer le mariage; ils ne peuvent que le conclure, et alors seulement que la fille est nubile. On fait cependant exception pour l'orpheline pauvre lorsqu'on craint qu'elle ne se perde; mais il faut qu'elle ait atteint sa dixième année et que le kadi soit consulté.

Le droit de conclure le mariage appartient de préférence au fils de la femme, au petit-fils, au père, au frère, au neveu, à l'aïeul, à l'oncle paternels, au cousin (la parenté germaine et consanguine l'emporte sur la parenté utérine), à celui qui a pris soin de la jeune fille, au kadi, et, en dernier lieu, à tout musulman.

En ce qui concerne la fille nubile, à laquelle il ne peut imposer le mariage, le ouaci est considéré comme ouali.

Le mariage contracté par le ouali du dernier degré sera valable si la femme est de basse extraction, quand même cette femme aurait un parent plus rapproché, pourvu qu'il ne soit pas de ceux qui ont le droit de contrainte. Mais si la femme est d'une origine

élevée, le mariage ainsi contracté ne sera maintenu que s'il a été consommé et s'il dure depuis quelque temps.

Si le père est à plus de dix jours de marche et à demeure fixe, le kadi peut valablement autoriser le mariage de la fille.

Il le peut également lorsque le père refusera de marier sa fille ; mais il ne suffira pas, pour établir ce refus, que le père ait rejeté plusieurs demandes.

Il peut aussi valablement autoriser le mariage, lorsque le plus proche parent est à une distance de trois jours, au moins, du lieu habité par la fille.

Si le plus proche parent est prisonnier, ou si l'on ne sait pas ce qu'il est devenu, le droit de ouali passe au parent du degré le plus éloigné. Il en est de même si le parent le plus rapproché est esclave, fou, impubère, ou s'il appartient au sexe féminin. Le parent irréligieux ou débauché conserve son droit de ouali.

Le ouali peut déléguer ses pouvoirs, mais à ceux-là seulement qui remplissent les mêmes conditions que lui.

La jeune fille vierge (bikr) donne son consentement par le silence. C'est aussi par le silence qu'elle donne pouvoir à son ouali. Elle le donne également lorsqu'elle répond à la demande qui lui est adressée par le rire ou par des pleurs.

La femme tseïb (qui n'est plus vierge) doit consentir par paroles. Il en est de même : 1° de la fille émancipée ; 2° de celle qu'on refuse de marier ; 3° de celle qu'on veut marier en lui constituant des marchandises pour dot ; 4° de celle à qui l'on veut donner pour mari un esclave ou un homme difforme ; 5° de l'orpheline ; 6° et de la femme dont le ouali a dépassé ses pouvoirs.

La femme a le droit d'indiquer sa préférence, et, en cas de dissentiment entre la femme et le ouali, le kadi ordonnera que le choix de la femme sera suivi, et procédera au mariage.

Lorsqu'une femme chargera son ouali de la marier à un homme qui lui convienne, mais qu'elle ne connaît pas, le ouali devra désigner d'une manière particulière le mari qu'il aura choisi, sinon la femme aura le droit d'accepter ou de refuser, même après le mariage conclu. La réciproque n'a pas lieu.

Si le ouali dit à la femme : « Je t'ai mariée à moi pour telle dot, » et que la femme consente, le mariage sera valable, quoique le ouali se soit attribué les deux rôles.

Si le ouali a dépassé ses pouvoirs en mariant la femme, celle-ci peut rendre valable le mariage ainsi conclu en le ratifiant.

Lorsque plusieurs ouali du même degré seront en contestations sur celui qui doit contracter le mariage, on en référera au kadi.

Si deux ouali, ayant tous deux les pouvoirs de la femme, la marient chacun avec un homme différent, la femme appartiendra à celui dont le mariage est le premier en date, à moins que le second mari n'ait pris des privautés avec elle, ignorant qu'il y avait eu mariage antérieurement. Si les deux mariages ont été contractés en même temps, ils ne seront valables ni l'un ni l'autre.

Il est réprouvé qu'un seul des conjoints s'engage vis à-vis de l'autre.

Le s'rir (jeune garçon) et le safih (non émancipé, non doué de raison) ne peuvent se marier qu'avec le consentement de leurs tuteurs.

Le majeur se marie par lui-même ou par l'intermédiaire d'un oukil ou mandataire. Tout musulman peut servir d'oukil au mari.

## II. Constitution de dot (*Sadâk*).

La dot constituée ne peut être inférieure à un quart de dinar ou à trois dirhems. Si cependant la dot, inférieure à ce minimum, est complétée après la célébration, le mariage ne pourra pas être attaqué pour cause d'insuffisance de dot.

Il est loisible au mari de constituer à sa femme une dot plus considérable; il est blâmable toutefois de la porter à un chiffre trop élevé.

Lorsque les futurs auront déterminé la valeur de la dot, on s'en tiendra à la dot convenue.

La dot coutumière (mahr mitl) est celle qui est fixée eu égard à la piété de la femme, à sa beauté, au rang que sa famille occupe, à la fortune qu'elle possède, au pays qu'elle habite. On peut prendre pour comparaison la dot payée à la sœur germaine ou consanguine, mais non celle qui a été livrée à la mère ou à la tante de la future.

La femme, libre de sa personne, n'est pas obligée d'accepter un mariage contracté en son nom moyennant une dot inférieure à la dot coutumière.

Si un individu dit à un autre : Marie-moi avec ta sœur moyennant cent drachmes et je te marierai à ma sœur pour la même dot, le mariage s'appelle alors chirar ou *par compensation*. S'il n'y a pas de dot proposée, le mariage est également chirar.

La femme mariée par chirar a droit à la dot la plus élevée de la dot contractuelle ou de la dot coutumière.

On appelle mariage par téfouïd ou par tahkim celui qui est contracté sans constitution de dot, ou suivant une dot qui sera fixée ultérieurement. La femme peut exiger que la dot soit fixée avant de célébrer le mariage.

S'il n'y a pas de fixation, la dot coutumière sera due à partir de la consommation du mariage, à moins que le mari n'ait indiqué une dot inférieure et que la femme ne l'ait acceptée. La femme rachida peut, en effet, dans les mariages de cette nature, accepter une dot inférieure à la dot coutumière ; le père peut en faire autant pour sa fille non émancipée, même après la célébration du mariage. Le tuteur peut le faire aussi, mais avant que le mariage ne soit consommé. Quant à l'orpheline, elle n'a pas ce droit.

Dans le cas de cohabitation par erreur, la femme aura droit à la dot coutumière ; il en sera de même si la cohabitation a été incestueuse ou si elle s'est accomplie malgré la résistance de la femme.

Il est blâmable de fixer l'exigibilité de la seconde partie de la dot à une époque trop éloignée de la célébration du mariage.

Il est permis de constituer en dot des objets mobiliers.

Est nulle toute constitution de dot composée de choses illicites ; mais si le mariage a été contracté moyennant une certaine quantité de vinaigre et qu'on trouve du vin, on peut remplacer le vin par une égale quantité de vinaigre. On ne peut constituer en dot une œuvre méritoire, un animal qui s'est enfui, une maison que le mari doit acheter, des frais de courtage à venir, des objets volés ou enlevés par la force ou la violence, au su des deux époux. Un esclave peut être accepté en dot par la femme ; mais le mari ne peut pas contraindre la femme à le recevoir.

Toute dot constituée à terme indéterminé ou payable dans un délai qui dépasse cinquante ans est nulle.

Est également nulle la constitution de dot comprenant des biens situés dans un lieu éloigné, à la distance, par exemple, qui

sépare le Khoraçan de l'Andalousie; il est permis cependant de constituer en dot des biens situés à la distance d'Égypte à Médine, mais alors les biens doivent être remis en la possession de la femme avant la célébration du mariage.

On ne peut pas non plus constituer en dot les stipulations contenues dans un acte de vente ou un règlement de compte.

Y a-t-il défense ou simplement blâme de la loi de contracter mariage en constituant en dot des profits ou revenus, en s'engageant à faire apprendre le Koran à sa femme ou à lui faire faire le pèlerinage? Il y a deux avis.

### III. Absence d'empêchements.

Est défendu le mariage entre la ligne ascendante et la ligne descendante, quand même il y aurait eu survenance d'enfants. Il est défendu de se marier avec la femme de ses ascendants et de ses descendants.

L'allaitement produit les mêmes empêchements que la parenté.

Lorsqu'un père dit à son fils : « Je suis marié à telle femme, » il est louable que le fils renonce à cette femme, quand même il n'ajouterait pas foi aux paroles de son père; mais est-ce obligatoire pour le fils? Il y a divergence.

Dans le cas de mariage avec la mère et avec la fille, si le mari a consommé le mariage avec les deux femmes, elles lui seront interdites pour toujours, même lorsque les deux mariages auront été contractés l'un après l'autre.

Il est également défendu d'épouser deux femmes dont l'une rendrait le mariage de l'autre illicite (deux sœurs, par exemple). Mais il est permis de se marier avec la sœur de sa femme après s'être séparé de cette dernière.

Le mariage légalement contracté, mais entaché de nullité radicale, n'entraîne de prohibitions que lorsqu'il a été consommé. Les mariages controversés, au contraire, par exemple ceux conclus en état d'ihram ou par compensation, produisent, même lorsqu'ils sont radicalement nuls, des empêchements à partir du moment où ils sont contractés.

Il y a divergence sur la question de savoir si les relations illicites produisent des prohibitions à mariage.

Il est défendu à la femme en retraite légale, ainsi qu'à son ouali, de consentir au mariage. Cette prohibition s'applique aussi à la femme qui est en retraite de continence.

Celui qui se marie avec une femme en retraite légale et qui cohabite avec elle, se la prohibe pour toujours, même si la cohabitation a eu lieu par erreur et après le délai fixé pour la retraite. La prohibition n'est pas perpétuelle lorsque le mariage n'est pas suivi de cohabitation ou lorsque la femme, pendant sa retraite, a eu des rapports illégitimes avec un tiers.

Nul ne pourra épouser la femme qu'il a répudiée trois fois qu'après que cette femme aura été mariée à un autre homme et que ce mariage, non prohibé par la loi, aura été consommé.

La prohibition subsiste lorsque le second mari n'a épousé la femme répudiée que pour la rendre permise à son premier mari ou lorsque le second mariage est entaché de nullité.

La prohibition est levée, au contraire, lorsque la seconde union a été légalement célébrée, quand même la femme serait d'une condition inférieure à celle de son second mari.

Il est défendu d'avoir cinq femmes en même temps. L'individu marié à trois femmes et qui en réclame une quatrième comme l'ayant épousée, ne peut se marier avec une cinquième qu'après avoir répudié une des quatre premières.

En principe, le mariage avec une infidèle est interdit. Il n'y a cependant que blâme de la loi si la femme est de condition libre, chrétienne ou juive.

Il y a lieu à répudiation lorsque le mariage a été contracté pendant que l'un des époux était en état d'ihram.

Une maladie dangereuse constitue-t-elle un empêchement à mariage, même lorsque les héritiers le permettent? Il y a divergence.

Il est réprouvé qu'un homme se marie avec une femme de mauvaises mœurs.

Le ouali chargé de marier la femme doit contracter pour elle un mariage assorti. Pour qu'un mariage soit assorti, il faut qu'il y ait égalité sous le rapport de la religion et de la régularité dans la conduite. Est assorti le mariage contracté par un musulman non chérif avec une chérifa (fille de chérif) par un homme de condition inférieure avec une femme de condition plus élevée.

Il est défendu de se marier avec une femme qui a été déjà l'objet d'une demande en mariage, jusqu'à ce qu'il ait été répondu à cette première demande.

### IV. Formules d'engagement, formalités.

Le mariage se célébrera publiquement; deux témoins, irrécusables par leur probité et leur religion, assisteront au mariage, indépendamment du ouali ou représentant chargé de le contracter.

La formule d'engagement est celle-ci : « Je t'accorde pour épouse N..., moyennant la dot de ...; » la réponse du futur est : « J'accepte. »

Le futur peut aussi faire la demande en ces termes : « Mariez-moi avec N..., » et si le ouali accepte, le mariage est valablement conclu, quand même le futur révoquerait plus tard son consentement.

Le mari attendra le délai fixé dans le contrat avant de consommer le mariage.

Il y a lieu à délai pour cause de débilité ou de jeunesse de la femme, ou pour voyage en pays lointain.

On accorde également le temps nécessaire à la mariée pour faire le trousseau d'une femme de sa condition, à moins que le mari n'ai fait serment de célébrer le mariage à une époque déterminée. Dans ce cas il n'y a pas de délai possible.

Il est permis au mari de se soumettre, en se mariant, à certaines conditions, par exemple, de s'engager à laisser sa femme conserver ses relations de famille ou porter des vêtements déterminés ; mais toutes ces conditions ne sont pas également obligatoires, ainsi, celle que le mari aurait ainsi formulée : « Si j'emmène ma femme hors de son pays je lui payerai mille drachmes, » est blâmable, mais elle ne l'engage pas.

Les conditions portant que la femme ne passerait qu'un jour avec son mari, ou qu'elle séjournerait au domicile conjugal tant qu'il plairait à l'un des deux époux ou à un tiers, ou encore celles qui auraient un but contraire à la fin du mariage, comme, par exemple, que le mari ne partagerait pas également ses nuits avec ses femmes, ou qu'il les laisseraient soumises à l'autorité d'autrui,

sont considérées comme nulles et non avenues après la célébration du mariage.

Malek n'approuve pas le mariage avec plusieurs femmes par un seul contrat, et le plus grand nombre des jurisconsultes, s'appuyant sur son autorité, frappent de nullité les mariages de cette nature, tant qu'ils n'ont pas été consommés ; mais d'autres se contentent de les blâmer.

Un repas de noces est recommandé après la célébration du mariage et à jour fixé.

## NULLITÉS DE MARIAGE.

Les unions frappées de nullité absolue n'emportent ni répudiation, ni droit d'héritage.

Est nul le mariage d'une jeune fille contracté par le kadi ou un ouali, lorsque le père n'est pas éloigné de plus de dix jours de marche et à demeure fixe.

N'est point valable le mariage dans lequel un infidèle, une femme ou un esclave ont servi de ouali.

Il y a lieu à annulation sans répudiation, lorsque le mariage a été contraté avec une mère et avec sa fille, ou avec deux sœurs ; avec une parente au degré prohibé ; avec une femme en eudda ou enceinte ; avec une cinquième femme ; avec une femme répudiée trois fois, tant qu'elle n'a pas épousé un autre mari. Il en est de même pour le cas où l'un des conjoints a embrassé l'islamisme ou a apostasié, et pour celui où la femme a été mariée à deux maris sans qu'on sache celui des deux mariages qui a été contracté le premier.

Tout mariage chirar ou par compensation est nul, quand même il y aurait une dot fixée pour l'une des deux femmes.

N'est point valable le mariage contracté pendant que la femme, le ouali ou le futur sont en état d'ihram.

Ces deux mariages, considérés comme controversés, doivent être dissous par le divorce ou la répudiation.

Il y a également lieu à dissolution par le divorce lorsque le mari avoue qu'il avait connaissance d'un mariage antérieur contracté par sa femme, ou lorsque deux mariages ont été conclus et qu'on ignore celui qui l'a été le premier.

Le mariage doit être annulé juridiquement lorsqu'il aura été recommandé aux témoins de le cacher, soit à une seule femme, soit aux gens de la maison, et ce, pendant plusieurs jours seulement. Il n'y aura pas cependant annulation lorsque le mariage aura été célébré et qu'il aura une certaine durée.

Il en est de même du mariage contracté sous des conditions contraires au but du mariage ; il doit être annulé tant qu'il n'est pas consommé.

Le mariage temporaire sera également annulé.

On se hâtera d'annuler le mariage contracté avec un malade, à moins que ce malade ne guérisse.

Le fils émancipé, le non-musulman et la femme mariée par un ouali qui nient avoir donné leur consentement ou leur procuration, doivent protester aussitôt que le contrat leur est connu, et avec serment ; s'ils ne font leur protestation qu'après un certain temps, le mariage ne pourra plus être annulé.

Lorsqu'un s'rir (jeune garçon) s'est marié sans le consentement de son tuteur ou de son représentant, celui-ci peut faire annuler le mariage.

Il en est de même pour le mariage contracté par le safih. Toutefois ce mariage ne peut être rompu que par voie répudiaire.

Le s'rir marié sous des conditions obligatoires seulement pour celui qui a atteint sa puberté ou sous des conditions facultatives, peut se refuser à remplir ces conditions ; il a alors le droit de dissoudre son mariage par la répudiation.

Le mariage contracté avec une femme déjà demandée sera annulé s'il n'a pas été célébré. Il en sera de même du mariage de l'orpheline contracté en dehors des conditions prescrites.

Le mariage contracté par un ouali autre que celui du degré le plus rapproché ne sera maintenu, si la femme est d'une origine élevée, que s'il a été célébré et s'il dure depuis quelque temps.

Lorsque le fils émancipé (rachid) et le père se rejetteront l'un sur l'autre l'obligation de payer la dot, le mariage sera annulé.

Le mariage est annulable lorsque la dot est inférieure à un quart de dinar ou à trois dirhems au cours du jour ; toutefois si la dot est complétée après la célébration, le mariage reste valable.

Le mariage est également annulable s'il a été contracté sous la

condition qu'il n'y aurait pas de dot, ou si la dot se compose de choses défendues.

Lorsqu'un mandataire aura contracté mariage moyennant une dot de 2,000, alors qu'il n'avait reçu pouvoir de ne porter la dot qu'à 1,000, le mari pourra faire prononcer la nullité du mariage, quand même le mandataire payerait la différence entre les deux sommes. La femme pourra, de son côté, refuser la dot offerte par le mari et faire annuler l'union conclue par le mandataire.

Le mariage conclu sans témoins peut aussi être annulé, mais il sera maintenu lorsque la célébration aura eu lieu publiquement; et ce, quoique les époux aient su que la présence de témoins était exigée.

## DROIT D'OPTION. (Khiar).

Il y a lieu à option lorsqu'un des conjoints ne connaissait pas les vices rédhibitoires de l'autre, ou que, les connaissant, il n'a point donné son consentement au mariage et ne l'a point célébré.

L'époux qui voudra profiter du droit d'option fera serment qu'il se trouve dans les conditions voulues.

Les vices rédhibitoires chez l'homme sont : la lèpre, l'éléphantiasis (il n'y a pas lieu à option si les parents seuls du mari en sont atteints), la castration et l'impuissance.

Est considérée comme pouvant entraîner l'option contre la femme toute mauvaise conformation qui l'empêcherait d'engendrer.

Ces vices, pour conférer le droit d'option, doivent être constatés avant la célébration du mariage. La femme a cependant la faculté de rompre le mariage en tout temps lorsque le mari est atteint de lèpre ou d'éléphantiasis. Il n'y a plus d'option pour cause d'impuissance après que le mariage a été consommé.

La folie de l'un des époux donne aussi ouverture au droit d'option, avant comme après la célébration du mariage, quand même les accès n'auraient lieu qu'une seule fois par mois.

On fixera un délai d'un an pour la guérison de la lèpre, de la folie et de l'éléphantiasis, lorsqu'on pourra espérer cette guérison.

Il y a lieu également à option lorsqu'il a été stipulé que les époux étaient dans un état de santé parfaite et que l'un d'eux est

malade ; ou encore lorsque le mari n'a pas trouvé la femme telle que le ouali la lui avait dépeinte lors de la demande en mariage. Il n'y a pas lieu à option toutefois si la femme est chauve, si elle est de couleur noire quoique désignée comme blanche, si elle a une mauvaise haleine, si elle n'est point vierge, à moins, pour ce dernier cas, de conventions formelles.

Il y a option pour un homme libre qui a été marié à une femme esclave et réciproquement.

Il n'y a pas droit d'option lorsqu'un musulman a épousé une chrétienne ou une juive, à moins qu'il n'y ait eu fraude.

L'impuissant a un délai d'un an pour consommer le mariage. Ce délai datera du jour du rétablissement de sa santé s'il est malade ; si le mari est bien portant, le délai courra du jour du jugement et ne sera point suspendu par une maladie postérieure.

Le mari sera cru s'il déclare, par serment, qu'il a eu des rapports avec sa femme pendant ce délai ; s'il ne prête pas serment, la femme sera admise à jurer ; et, si elle refuse, elle restera avec son mari.

Le mari qui, passé le délai, reconnaîtra son impuissance, répudiera sa femme, et s'il ne le fait pas, le kadi, sur la demande de la femme, prononcera le divorce.

La femme qui reste avec son mari après l'expiration du délai d'un an est toujours admise à se séparer sans qu'il y ait lieu d'accorder un délai nouveau.

On accordera à la femme un délai pour se faire soigner ; mais s'il y a chez elle un vice de conformation, le mari ne peut pas l'obliger à se faire traiter.

On ajoute foi aux déclarations de la femme relatives à ses maladies, à l'époque à laquelle elles remontent et à sa virginité. La femme attestera la vérité de ses assertions par serment, et si elle est safiha son père jurera pour elle. Elle ne sera point soumise à l'examen des autres femmes ; mais lorsque deux femmes témoigneront en faveur du mari, leur témoignage fera foi.

## PREUVES DU MARIAGE.

Lorsque les époux seront en contestation sur la réalité de leur union, cette union ne sera maintenue que sur preuve certaine.

Cette preuve résulte de la déclaration des témoins. La publicité donnée au mariage par le son des tambourins, par la fumée des cuisines..., etc., sera admise comme preuve.

La déclaration d'un seul témoin ne constitue pas une preuve suffisante ; aussi lorsqu'un individu réclamera comme ayant été mariée à lui une femme qui a épousé un autre homme, on exigera que le réclamant produise deux témoins, et si le second témoin n'est pas produit, on ne déférera pas le serment aux époux ; cependant si la femme jure qu'elle a été mariée à un individu qui est décédé, et qu'elle ait un témoin qui l'atteste sous serment, le mariage sera admis ; de même lorsqu'un ouali se sera marié lui-même avec la femme qui lui avait donné son pouvoir, et qu'elle aura consenti, la déclaration du ouali suffira pour prouver le mariage, quoique la femme rétracte son consentement.

On accepte la déclaration faite par une femme venant d'un pays éloigné qu'elle y a été mariée après avoir été répudiée définitivement.

On accepte aussi la déclaration de la femme qui n'a pas quitté la localité qu'elle habite, lorsque cette déclaration présente des garanties de sincérité et que le mariage dont elle excipe remonte à une époque éloignée.

On reconnaît le mariage de ceux qui, venant d'un pays étranger, déclarent s'y être mariés.

Il en est de même lorsque, venant de l'étranger, le mari dit à sa femme : « Je t'ai épousée », ou « je t'ai divorcée », ou « tu m'es défendue », et que la femme le reconnaît, ou du moins qu'elle répond par des paroles dont le sens atteste qu'il y a eu mariage entre eux. Il en serait autrement si l'un des époux ne répondait pas à l'autre, ou si l'un attestait le mariage et si l'autre le niait.

La femme sera crue lorsqu'elle déclarera que le mariage a été célébré après la puberté du mari.

## MARIAGE DES INFIDÈLES.

L'infidèle peut marier une femme infidèle à un musulman.

Si un musulman marie deux infidèles, on n'interviendra pas.

L'infidèle qui embrassera l'islamisme sera laissé avec sa

femme non musulmane, mais aux yeux de la loi leur mariage sera nul.

On laissera également le néophyte avec sa femme idolâtre, pourvu qu'elle s'islamise et que la conversion des deux époux ait lieu dans le délai d'un mois.

Lorsque les deux époux auront embrassé la religion de l'islam, le mariage restera valable, quand même le mari aurait, avant sa conversion, répudié sa femme définitivement.

Le mariage des convertis n'est reconnu qu'autant qu'il a été contracté en dehors des empêchements résultant de la parenté, tels qu'ils sont établis par la loi musulmane.

Tout mariage contracté par un infidèle avec une femme en retraite légale est nul.

On acceptera le don nuptial composé de choses prohibées lorsqu'il aura été accepté et offert par des époux infidèles. On acceptera aussi le mariage contracté sous la condition qu'il n'y aurait pas de dot, mais dans ce cas le mari payera la dot par téfouïd.

Celui qui embrassera l'islamisme choisira quatre femmes parmi celles avec lesquelles il est marié.

Le choix peut avoir lieu par répudiation, par assimilation injurieuse, par serment, mais non par le seul fait par le mari de déclarer à une de ses femmes que le mariage qu'il a contracté avec elle est nul.

Le converti marié à deux sœurs choisira celle qu'il voudra ; s'il est marié avec la mère et avec la fille, et que le mariage ait été consommé avec les deux femmes, elles lui seront interdites toutes les deux. S'il est marié à quatre sœurs de lait, il n'en choisira qu'une.

Il est défendu au père et au fils du converti d'épouser une des femmes dont ce dernier aura dû se séparer.

## DES DROITS ET DEVOIRS DES ÉPOUX.

Le mari est obligé de partager également ses nuits entre ses épouses, quand même il en serait empêché légalement ou naturellement, par exemple si une des femmes était en ihram, si le

mari s'était séparé d'elle par suite d'assimilation injurieuse ou si elle était malade.

Le fou sera guidé dans ses devoirs par son ouali.

Le malade doit aussi partager ses nuits entre ses femmes, à moins que ses forces ne lui permettent pas d'aller de l'une chez l'autre; dans ce cas, il restera chez celle qu'il voudra, jusqu'à sa guérison.

Il est permis au mari d'accorder à une de ses femmes la nuit due à une autre, pourvu que cette dernière y consente, que ce consentement ait été payé ou non.

Le mari peut encore réunir dans la même maison deux femmes, pourvu qu'elles y consentent et qu'elles aient leur appartement séparé.

Le mari peut s'opposer à ce que l'une de ses femmes cède son tour à une autre. La femme avantagée n'a pas le même droit.

La femme qui a renoncé a du reste le droit de réclamer le tour abandonné par elle.

Le mari qui part en voyage choisira celle de ses femmes qui doit l'accompagner; s'il se rend en pèlerinage, s'il va en guerre, il emmènera celle que le sort désignera. Des commentateurs pensent, cependant, que, dans tous les cas, le mari peut choisir la femme qu'il veut emmener avec lui.

Le mari pubère doit à la femme pubère, lorsque celle-ci s'est donnée à lui, les vivres en général, le vêtement, le logement; et ce, suivant l'usage, la position pécuniaire du mari, la condition de la femme, le pays que les conjoints habitent et le prix des denrées.

Le mari doit la nourriture à sa femme, même si elle a un appétit extraordinaire.

Pour la femme qui nourrit, les aliments seront augmentés.

La femme malade, celle qui a un appétit ordinaire, n'a droit qu'à ce qu'elle peut raisonnablement consommer.

Obligatoirement, le mari doit fournir : l'huile, le bois, le sel, la viande alternativement; une natte et un lit, suivant les circonstances; le salaire de l'accoucheuse; les cosmétiques indispensables : le kohl, la pommade, l'huile et les objets nécessaires pour

2

l'entretien de la chevelure; le henné; les gens de service à gages, si la condition de la femme l'exige.

La femme a le droit de prendre la domestique qui lui convient le mieux, à moins qu'elle ne soit suspecte au mari.

Les frais d'entretien seront déterminés par jour, par semaine, par mois ou année, suivant la position du mari.

La femme a droit à deux vêtements, un d'hiver, un d'été.

Elle est responsable de tout ce qu'elle reçoit pour elle ou pour son enfant, à moins que la perte ne résulte pas de son fait.

Le mari peut acquitter en argent les frais d'entretien ou les payer suivant le cours des denrées. Il peut opérer des variations dans sa dette.

Si la femme est enceinte, elle recevra les frais d'entretien de grossesse et un habillement si la séparation a eu lieu au commencement de la grossese.

Lorsque la femme nourrit encore au moment de sa grossesse ou de la répudiation, elle a droit aux frais d'entretien pour l'allaitement.

La femme séparée de son mari, et qui se prétend enceinte, ne recevra de frais d'entretien que sur le vu de sa grossesse et lorsque l'enfant s'agitera dans son sein.

Les frais d'entretien sont dus par le mari lorsque l'un des conjoints a été mis en prison pour dettes, ou lorsque la femme est en pèlerinage obligatoire.

La femme a droit à l'entretien dans ces divers cas, même si elle est atteinte de vices de conformation.

Elle y a droit également pendant l'eudda, quand même le mari ne la reprendrait pas.

La femme a le droit d'exiger les frais d'entretien au moment du départ du mari, ou la désignation d'un garant.

Si le mari meurt, la femme continuera à jouir de son logement.

Les frais d'entretien ne sont pas dus à la femme si elle se refuse à son mari, si elle quitte sans permission le domicile conjugal, sauf le cas où elle est enceinte.

La femme n'a rien à réclamer si elle est répudiée définitivement.

Si elle est répudiée par anathème, elle perd même les frais d'entretien de grossesse.

Le mari qui se trouve dans la gêne ne doit pas de frais d'entretien.

Lorsqu'il tombe dans la gêne après avoir été dans une position heureuse, les frais non payés restent à sa charge, sans qu'on ait besoin d'avoir recours à la décision du kadi.

La femme rentre dans ses débours, en ce qui concerne la nourriture fournie par elle à son mari, mais seulement si ces dépenses ont été faites dans une limite raisonnable.

En cas d'absence du mari, le kadi allouera à la femme une portion suffisante sur les biens de ce dernier, sur les dépôts ou sur les créances.

La femme, après serment, fournira les preuves contre celui qui niera sa dette et du bien fondé de sa réclamation.

Quant aux sommes remises à la femme par le kadi, elle n'aura pas besoin d'en donner caution ; le mari à son retour recevra quittance.

En cas de non-existence de valeurs, on vendra sa maison, après avoir établi qu'il en est propriétaire et qu'elle est encore en sa possession. Deux témoins capables donneront le relevé exact des lieux et diront : « Voici l'état des lieux donné par nous, voici l'état de la propriété que nous témoignons appartenir à un tel, absent. »

Si les deux époux sont en contestation au sujet de la position pécuniaire du mari pendant son absence, on se fixe sur celle qu'il a au retour.

Si le mari prétend avoir envoyé à sa femme de quoi suffire à ses besoins pendant son absence, on s'en rapporte à la déclaration de la femme, si elle a déposé sa plainte entre les mains du kadi, laquelle produira effet à partir du jour du dépôt.

La déclaration faite à des gens respectables, à des voisins, n'a pas de valeur. Si la plainte n'a pas été déposée, on s'en rapportera au dire du mari, comme lorsqu'il est présent. Mais le mari jurera que la femme a reçu et non pas qu'il a envoyé.

En cas de contestation sur la fixation faite par le kadi, on accepte l'affirmation qui paraît la plus conforme à la vérité. Si le doute existe encore, on procédera à une nouvelle fixation.

Si le mari commet des violences ou des injustices à l'égard de sa femme, le kadi le rappellera d'abord au devoir, puis il ordon-

nera que la femme soit conduite chez des gens recpectables, si elle n'y est déjà.

Si les faits sont difficiles à éclaircir, le kadi nommera deux arbitres pris dans la famille des conjoints ou parmi les voisins. Un homme sans probité, un homme inintelligent, une femme, un mineur ne peuvent servir d'arbitre.

La mission des arbitres est toute de conciliation. S'ils ne peuvent aboutir à concilier les époux, ils prononceront le divorce sans compensation, si les torts viennent du mari; si les torts sont imputables à la femme, ils engageront le mari à user d'indulgence à son égard ou prononceront le divorce. Si les torts sont réciproques, les arbitres peuvent-ils prononcer le divorce sans compensation ou le divorce pur et simple? Les avis sont partagés; mais le dernier parti réunit le plus de suffrages.

Les arbitres viennent, dans tous les cas, trouver le kadi et lui soumettre leur décision. Celui-ci la rend exécutoire.

Les époux peuvent eux-mêmes nommer un arbitre et lui conférer les mêmes attributions.

Est parjure le mari qui fait serment de ne pas laisser les parents de sa femme visiter celle-ci, de s'opposer à ce que son épouse même jeune, mais qu'aucune supposition malveillante ne saurait atteindre, aille les visiter.

Il ne l'est pas lorsqu'il jure simplement qu'elle ne sortira pas.

Pour les jeunes enfants, il leur sera accordé, par jugement, de voir leur mère chaque jour.

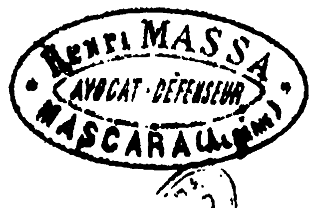
Pour les enfants déjà âgés, une fois par semaine; il en sera de même pour le père et la mère.

Si le mari conçoit des soupçons, la visite aura lieu en présence d'une personne sûre.

Le mari exhortera sa femme si elle se montre indocile avec lui; il l'exclura du lit marital si elle continue, et, en cas d'insuccès, il pourra la frapper s'il pense arriver à un résultat satisfaisant.

La femme, à moins qu'elle ne soit de basse extraction, peut se refuser à demeurer avec les parents du mari.

De même, l'enfant de l'un des époux peut être mis hors de la maison conjugale, pourvu qu'il soit confié à une personne qui en






prenne soin. L'enfant demeurera dans cette maison si le conjoint l'avait avec lui au moment du mariage.

Lorsque la position sociale de la femme ne comporte pas de gens de service, elle doit faire le ménage, pétrir le pain, balayer, s'occuper en un mot de son intérieur. Elle n'est pas obligée de filer et de tisser.

La femme ne peut disposer, sans le consentement de son mari, que du tiers de sa fortune, soit pour dons, œuvres pieuses ou cautionnements.

## DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

Celui qui en a les moyens doit la nourriture à ses parents pauvres.

Le père et la mère prouveront par serment leur état de pauvreté.

Lorsque le fils est l'objet d'une demande de secours de la part de ses père et mère, peut-il arguer qu'il ne peut pas y satisfaire ? Il y a deux avis.

Le fils doit aussi entretenir le serviteur de ses parents et la servante de sa mère.

Il n'est pas tenu de nourrir les autres femmes de son père. A sa mère seule il doit l'entretien.

Il n'est pas tenu non plus des frais d'entretien du mari de sa mère, de son aïeul, ni de son petit-fils.

Le mariage de sa mère avec un homme pauvre ne l'exempte pas de pourvoir à ses besoins.

Les frais d'entretien sont répartis entre les enfants. Chacun doit-il une part égale ou une part basée sur ses droits héréditaires ou sur sa situation de fortune? Il y a plusieurs avis.

Le père et la mère doivent nourrir leurs fils jusqu'à leur puberté ou jusqu'à ce qu'ils puissent pourvoir eux-mêmes à leurs besoins, et leurs filles jusqu'à la célébration de leur mariage.

Le père enverra ses enfants à l'école.

Le père prendra à sa charge les frais d'entretien de sa fille lorsqu'il l'aura mariée pendant qu'elle était malade et qu'elle aura été répudiée par suite de cet état.

Lorsque celui qui a droit aux frais d'entretien laisse passer un certain temps sans les réclamer, celui qui devait les payer s'en

trouve déchargé, à moins qu'il n'y ait une décision judiciaire, ou que le tiers qui en a fait l'avance justifie qu'il a toujours eu l'intention de se faire restituer ses déboursés.

## DE LA RETRAITE LÉGALE ET DE LA RETRAITE DE CONTINENCE (EUDDA ET ISTIBRA).

La femme libre, même non musulmane, doit se mettre en retraite légale. Cette retraite est imposée à la femme pubère après la célébration du mariage.

La retraite légale est de trois qourou pour la femme libre; ces trois périodes sont exigées pour constater l'état de pureté et non pas la première seulement.

Elles sont maintenues quand même la femme ne serait réglée qu'une fois par an; par exemple, si elle allaitait ou si elle était malade.

La retraite de continence sera alors de neuf mois, et trois mois seront ajoutés pour la retraite légale.

Ces trois mois de retraite sont également imposés à la femme qui n'a pas encore vu et à celle qui ne voit plus les signes périodiques de son sexe.

On prendra sur le quatrième mois le nombre de jours nécessaire pour compléter celui de trente lorsque la femme aura été répudiée dans le courant d'un mois.

Le jour de la répudiation ne compte pas.

La retraite est obligatoire pour la femme qui a eu des rapports illicites ou par erreur. Le mari ne devra pas cohabiter avec sa femme pendant ce laps de temps, ni prendre aucune privauté, et personne ne pourra contracter mariage avec elle.

Elle est obligatoire également lorsque la femme a été enlevée, emmenée en captivité ou vendue. Ses réclamations ne seront pas admises.

On tient compte pour la durée de la retraite de l'état de pureté au jour de la répudiation, cet état viendrait-il à cesser aussitôt après. La femme sera libérée au commencement du troisième qourou.

La femme qui se croit enceinte restera en retraite jusqu'à sa délivrance.

La retraite légale de grossesse, après le décès du mari ou après la répudiation, prend fin le jour où la femme dépose son fardeau.

Si le mariage est entaché de nullité et si la femme n'est pas enceinte, on applique les mêmes périodes que pour la femme répudiée.

Si le mariage est valable et si la femme n'est pas enceinte, la retraite de décès est de quatre mois et dix jours.

Lorsqu'un mari avouera avoir précédemment répudié sa femme, celle-ci commencera sa retraite à partir seulement de l'aveu du mari.

La femme dont le mari aura disparu peut porter son affaire devant le kadi, le ouali el ma, et, à défaut, devant une assemblée de musulmans. S'il est reconnu que le mari possède de quoi suffire à l'entretien de la femme, on fixera un délai de quatre ans pour la femme. Ce délai courra du jour où l'on aura été dans l'impossibilité d'avoir des nouvelles du mari.

Lorsqu'un mari disparaît en laissant plusieurs femmes, le délai demandé et obtenu par l'une est étendu aux autres.

La femme d'un individu disparu ou prisonnier en pays infidèle reste dans les liens du mariage tant que l'on peut supposer que le mari est vivant.

La limite de la vie est de soixante-dix ans selon les uns, de soixante-quinze et de quatre-vingts ans suivant les autres.

La femme d'un musulman disparu dans un combat entre musulmans entrera en retraite au moment où les deux partis se seront séparés.

La femme de l'individu qui aura disparu dans un combat entre musulmans et infidèles entrera en retraite après un an d'attente.

Il en est de même pour la femme de celui qui aura été atteint de la peste dans un pays où il s'était rendu pendant que le fléau sévissait.

Lorsqu'une nouvelle cause survient avant l'accomplissement de la retraite légale ou de la retraite de continence, la première est annulée et doit être recommencée. Elle doit l'être également lorsque le mari meurt après avoir repris sa femme précédemment répudiée.

S'il y a un concours entre deux retraites, on soumettra la femme à la plus longue des deux.

L'accouchement fait cesser la retraite légale, à l'exception de celle imposée par le décès du mari.

La femme qui s'est mise en état d'ihram continuera son pèlerinage après sa délivrance.

En cas d'incertitude sur la durée de laretraite légale, le terme le plus éloigné sera imposé.

Pendant la retraite, la femme veuve, même non mulsulmane, et celle dont le mari a disparu, abandonneront les vêtements ordinaires pour ne porter que des vêtements noirs. Les parures, les parfums, leur fabrication et leur commerce seront abandonnés, ainsi que les cosmétiques, le henné et le katam pour la teinture des cheveux. La femme pourra cependant se servir d'huile ordinaire.

Elle n'ira pas au bain, ne se frottera pas le corps de noura, ne se servira pas de kohl, si ce n'est en cas de besoin et en le mélangeant avec une autre substance aromatique. Elle l'enlèvera pendant le jour.

La femme qui entre en retraite, après répudiation ou emprisonnement pour un fait accompli du vivant de son mari, doit rester dans le domicile conjugal.

La femme veuve n'est obligée de vivre au domicile de son mari que s'il y a eu cohabition, et si, en outre, la maison était la propriété du mari, ou s'il en avait payé le loyer ; sinon elle n'est pas tenue d'y séjourner.

Pendant la retraite, la femme demeure là où elle était habituellement.

Elle retournera dans sa demeure première si le mari l'en avait éloignée ; car dans ce cas le soupçon pèse sur le mari.

Si elle se trouve dans une autre demeure en qualité de nourrice, les conditions faites sont annulées.

Si elle s'est rendue en pèlerinage et que le mari vienne à mourir ou à la répudier, après trois ou quatre jours de voyage, elle reviendra chez elle sous la conduite d'un homme sûr, pour finir sa retraite.

Si elle est partie en pèlerinage non obligatoire, en visite vers quelque saint personnage, pour accomplir une œuvre pieuse, il

sera préférable, fût-elle arrivée au terme de son voyage, qu'elle revienne dans sa demeure, quand même son absence durerait depuis six mois.

Si la femme a changé de pays, elle a le choix de demeurer dans le lieu le plus rapproché ou le plus éloigné de sa résidence première, ou dans celui où elle se trouve.

Le mari supporte les frais de retour.

Si les conjoints sont en désaccord sur la demeure à choisir, le désir de la femme sera suivi.

La femme bédouine peut changer de demeure, mais avec sa famille seulement.

La femme peut changer de demeure lorsque l'habitation menace ruine, ou que le délai pour lequel elle avait été louée est expiré. Elle le peut aussi lorsqu'elle redoute un mauvais voisinage. Les dissentiments qu'elle pourrait avoir avec les voisins ne constituent pas un motif suffisant; dans ce cas elle portera plainte au kadi, et si l'on ne peut savoir de quel côté sont les torts, le sort indiquera la partie qui s'éloignera.

La femme répudiée qui abandonne sans motifs le domicile où elle accomplit l'eudda pour aller ailleurs, n'a pas droit aux frais de loyer.

Les créanciers ont le droit de faire vendre la maison du défunt. S'il y a signe de grossesse, la femme a le droit d'y rester, et, dans ce cas, l'acquéreur peut, à son choix, maintenir la vente ou la résilier.

La femme d'un émir ou autre personnage ne sera pas renvoyée par le successeur de son mari tant que sa retraite ne sera pas terminée.

## DIVORCE (KHOULA').

Est licite le divorce qui est une répudiation moyennant compensation.

Il est licite même sans jugement.

La femme est séparée entièrement de son mari, quand même il n'y aurait pas eu de compensation stipulée.

Il y a divorce lorsque la femme a été répudiée d'une manière incomplète avec compensation.

Pour établir le divorce avec compensation, il suffit que les époux se remettent divers objets.

Il est permis au père de divorcer avec compensation sa fille qui est encore sous sa puissance et à laquelle il a imposé le mariage. Quant au pouvoir du père sur sa fille safiha, il y a divergence.

Le ouaci n'a ce pouvoir que s'il a pleine autorité sur la fille.

Peut prononcer le divorce le mari pubère qui jouit de sa raison, serait-il encore sous l'autorité paternelle.

Le tuteur a le pouvoir de divorcer son pupille s'rir.

Le divorce prononcé par un malade est valable; mais la femme conserve, dans ce cas, ses droits sur la succession de son mari.

Il est blâmable de divorcer une femme malade.

Si un mari déclare pendant un voyage et devant témoins qu'il répudie ou qu'il a répudié sa femme, puis qu'à son retour il reprenne ses relations conjugales avec elle et récuse les témoins, les époux seront séparés judiciairement.

Il y a divorce lorsque le mari a reçu quelque chose de sa femme, pendant l'eudda et après répudiation incomplète; qu'il l'a mise en vente ou lui a fait épouser un tiers. Ces deux derniers cas n'entraînent pas cependant, d'après El Lakhmi, répudiation parfaite.

Il n'y a pas divorce après répudiation imparfaite sans compensation, lorsqu'il a été convenu que le mari ne reprendrait pas sa femme, lorsque le mari l'a répudiée simplement, lui a remis quelque chose ou a fait un arrangement d'affaires avec elle.

La femme devra être divorcée, lorsque le mari aura dit : « Si tu me donnes 1,000 pièces, je suis séparé ou je me séparerai de toi; » lorsqu'il en aura pris l'engagement, que cet engagement, sans être formel, aura fait subir une perte à la femme; lorsque la femme aura dit : « Répudie-moi par trois pour 1,000 pièces, » et que le mari l'aura répudiée par un seulement ou réciproquement; lorsque la femme aura dit : « Répudie-moi complétement pour 1,000 pièces, » ou « par moitié de répudiation » ou « pendant ce mois, » et que le mari l'aura fait; lorsqu'il aura dit : « Je te divorcerai demain pour 1,000 pièces, » et que la femme aura accepté aussitôt, ou « pour ce vêtement de Hérat » quoiqu'il vienne de

Mérou, ou « pour ce qui est dans ta main, » qu'il y ait quelque objet de prix ou non.

Il n'y a pas lieu à divorce lorsque la femme a offert une chose sur laquelle elle n'a aucun droit. Lorsque le mari lui ayant dit : « Donne-moi un objet pour que je te divorce, » elle lui aura remis une chose inférieure au prix ordinaire ; ou lorsque le mari lui ayant proposé de la répudier par trois pour 1,000 pièces, elle aura accepté une seule répudiation pour le tiers.

Lorsque le mandataire du mari accepte une compensation inférieure à celle qui lui avait été indiquée, le divorce n'est pas obligatoire.

Si le mari laisse son mandataire ou la femme libre de fixer la compensation, il jurera, s'il n'accepte pas la fixation faite, qu'il a entendu recevoir le prix coutumier.

Le mandataire de la femme consent-il une compensation supérieure à celle qui lui avait été fixée ? le divorce sera valable et le mandataire payera la différence.

La femme peut donner en compensation des valeurs aléatoires ou imparfaitement déterminées.

La femme peut s'engager à pourvoir à son entretien pendant sa grossesse, à renoncer à élever ses enfants, à consentir une vente.

Elle peut donner également des choses défendues, du vin par exemple, des objets volés ; mais ces choses seront détruites ou restituées et le mari ne pourra en réclamer le prix.

Il est licite de stipuler comme compensation l'entretien de l'enfant pendant la période d'allaitement, sans secours aucun pour la mère pendant sa grossesse ; mais la femme qui s'engage à entretenir le mari ou une tierce personne, à nourrir l'enfant pendant un temps plus long que la période d'allaitement, ne peut y être obligée. Si le nourrisson meurt avant l'expiration de cette période, le mari n'a rien à réclamer. Si la femme meurt, si son lait tarit, si elle accouche de deux enfants, les héritiers seront tenus des dépenses.

On ne peut donner au mari, à titre de compensation, un délai pour rembourser une dette par lui due à sa femme, ni imposer la condition qu'elle sortira immédiatement du domicile conjugal, ni



autoriser le mari à payer immédiatement une dette que la femme ne pourrait exiger que plus tard.

Le mari a le droit d'exiger que les objets soient de valeur moyenne.

Dans le divorce accepté pour 1,000 pièces de monnaie, par exemple, le mari est tenu de recevoir les pièces ayant cours.

Si la femme a vendu la moitié d'un esclave et donné l'autre moitié en compensation, et que cet esclave prenne la fuite, elle restituera le prix reçu pour la moitié vendue.

Le mari peut rendre à la femme les pièces de mauvais aloi, sauf conventions contraires.

La femme payera la valeur d'un esclave, par exemple, par elle donné et qui serait ensuite revendiqué.

La compensation peut être consentie par toute personne jouissant de ses droits.

La femme impubère n'a pas le droit de consentir une compensation; toute compensation donnée par elle sera sujette à restitution et le divorce prononcé sera valable.

Le mari rendra la compensatian lorsqu'il sera attesté par la voix publique que la femme a demandé le divorce pour se soustraire à ses sévices; lorsque ce fait sera affirmé sous serment par la femme, et, de plus, attesté par un témoin ou deux femmes. Cependant, d'après un jurisconsulte, l'absence d'un témoin ne nuit pas à la femme.

Il en est de même : 1° lorsque le divorce intervient après que la femme a été répudiée définitivement; 2° lorsque le mariage peut être dissous sans répudiation; 3° lorsque le mari est atteint d'un vice qui donne le droit d'option à la femme; 4° lorsque le mari dit : « Si je te divorce tu es répudiée par trois, » mais non si le mari n'ajoute pas « par trois. » Il doit alors prononcer deux répudiations.

On payera immédiatement la valeur en compensation stipulée à une échéance indéterminée. Des juristes ont même soutenu que la compensation devait être fournie le jour du divorce.

S'il a été décidé que le mari recevrait une compensation, mais sans préciser le lieu où la remise serait effectuée, la remise suffit, à moins de circonstances révélant l'endroit où la condition devrait être accomplie.

Le mari est tenu, sauf conventions contraires, de faire rechercher l'esclave en fuite ou l'animal égaré.

La femme pourvoit à l'entretien de l'esclave enceinte dont l'enfant a été donné en compensation ; le mari est chargé de l'entretien après l'accouchement.

Il y a divorce lorsque la répudiation est prononcée par justice, excepté dans le cas où le mari a fait serment de ne pas entrer en relations avec sa femme, et celui où il ne peut pourvoir à sa nourriture.

Après le divorce prononcé, les époux sont entièrement séparés.

Si le mari prétend avoir divorcé moyennant un certain objet, que la femme soutienne le contraire et par serment, le divorce sera maintenu.

Le mari sera seul cru lorsqu'il déclarera que l'esclave donné en compensation était mort ou atteint de vice rédhibitoire avant le divorce. Si la femme prouve que l'esclave est mort après le divorce, sa responsabilité sera dégagée.

## RÉPUDIATION (TELAK).

La répudiation, pour être conforme à la sounna doit :

1° Être unique ;

2° Avoir lieu pendant l'état de pureté de la femme ;

3° Être prononcée avant toutes relations conjugales depuis cet état de pureté ;

4° Ne pas avoir lieu pendant l'eudda.

Sinon la répudiation est antisounnite.

Il est défendu de répudier une femme pendant ses infirmités périodiques.

On hâtera la dissolution d'un mariage annulable.

On ne hâtera pas la dissolution d'un mariage pendant les infirmités périodiques de la femme, lorsqu'il y a vice rédhibitoire, lorsque le ouali peut provoquer l'annulation, lorsque le mari ne peut pas pourvoir à l'entretien de sa femme.

Toute accusation d'adultère est réprouvée par la loi dans les cas ci-dessus désignés.

Les conditions pour la validité de la répudiation sont :

1° Le pouvoir du répudiant ;

2° L'intention ;

3° La possibilité ;

4° L'emploi d'une formule.

Le musulman pubère, jouissant de ses facultés, a seul le pouvoir de répudier. La répudiation prononcée par celui qui est en état d'ivresse est valable.

La répudiation prononcée par un tiers qui n'a pas de mandat spécial à cet effet demeure dans les mêmes conditions qu'une vente effectuée sans mandat, c'est-à-dire qu'elle est valable si elle est ratifiée.

La répudiation est obligatoire quand même le mari aurait manifesté l'intention d'en restreindre les effets.

Elle ne l'est pas si le répudiant a prononcé des paroles qui vont au delà de sa pensée ; s'il a employé des expressions répudiaires qu'il n'a pas comprises, s'il était malade ou privé de raison.

La répudiation est nulle lorsqu'elle est le résultat de paroles que le mari a été obligé de prononcer ou d'un acte accompli sous le coup de violences, de sévices, de menaces de mort, sous l'empire de la crainte, de la perte de ses biens, de la mise à mort de l'un de ses enfants.

Il n'en est pas de même lorsque les menaces concernent une personne étrangère.

L'impiété, le blasphème contre le Prophète, les injures adressées à un musulman, ne sont permis que pour échapper à la mort.

Le meurtre d'un musulman, l'adultère, le viol ne sont jamais permis.

Est-on obligé de tenir un serment forcé ? Si la répudiation a lieu à la suite de ce serment, passe-t-elle à l'état de fait accompli ? Les juristes sont partagés sur cette question.

Pour qu'il y ait possibilité, il faut que la femme soit en la possession de son mari avant la répudiation. La possibilité peut exister cependant quand même il n'y aurait pas encore de lien entre l'homme et la femme; tel serait le cas où un individu dirait en parlant d'une femme : « Elle sera répudiée dès que je la demanderai en mariage, ou dès que j'entrerai dans cette maison. »

La répudiation est obligatoire pour celui qui s'est engagé à répudier les femmes de telle race, de tel pays, celles qu'il épouserait jusqu'à un âge qu'il peut raisonnablement atteindre; mais cette répudiation ne s'étend pas aux femmes que le répudiant a déjà, à moins qu'après s'être séparé d'elles définitivement il ne se remarie avec elles.

Elle est également obligatoire pour celui qui a juré de répudier toute femme égyptienne et se marie avec la fille d'un Égyptien ou avec une femme étrangère qui habite l'Égypte et en a adopté les coutumes; pour celui qui a fait serment de répudier toute femme qu'il épouserait en Égypte et qui s'y marie.

La répudiation n'est pas obligatoire pour celui qui a compris dans son serment toutes les femmes qu'il épouserait, qui s'est engagé à ne se marier qu'avec une femme prise parmi un petit nombre, ou à répudier toute femme qu'il n'épouserait pas par téfouïd, toute femme qu'il ne verrait pas lorsque par la suite il devient aveugle, toute femme vierge ou non vierge.

N'est pas tenu non plus à son serment celui qui, ayant fixé un terme pour la répudiation, craindrait de s'adonner à la débauche et n'aurait pas les ressources nécessaires pour vivre en concubinage, ni celui qui a juré de répudier sa dernière femme.

Lorsque le mari dit : « Si je me marie autre part qu'à la ville, ma première femme sera répudiée, » la répudiation est encourue dès qu'il aura épousé une femme hors la ville. Cette disposition a été aussi interprétée en ce sens que le mari devra répudier toute femme qu'il épousera avant d'en avoir pris une de la ville.

La formule de répudiation ne produit d'effet que lorsque le serment est accompli, et si le mari a encore des droits sur la femme. Si donc elle est séparée de son mari lorsqu'elle fait la chose jurée, celui-ci n'est pas tenu de la répudier.

Il en est de même pour le serment conditionnel comportant assimilation injurieuse.

La répudiation est obligatoire lorsque le mari a dit : « Toutes les femmes que j'épouserai pendant que ma femme vivra seront répudiées, » à moins que le mari n'ait eu l'intention d'exprimer : « tant qu'elle sera sous mon autorité. »

La répudiation a lieu lorsque le mari a eu l'intention de répu-

dier en disant : « Donne-moi à boire, » ou qu'il a prononcé toute autre parole.

Elle n'a pas lieu, quand même le mari aurait eu l'intention de la prononcer, s'il s'est servi de ces expressions par erreur. Il en est de même pour le cas où, voulant répudier par trois, il a prononcé la répudiation sans rien ajouter.

On acceptera que la répudiation est par un lorsque le mari déclarera que telle était son intention, en disant : « Je ne désirais pas la répudiation ; » mais l'opinion contraire est la plus rationnelle.

Le mari jurera, lorsqu'il voudra se remarier avec sa femme, qu'il a entendu, par la formule employée, répudier par un ou par deux ; on s'en remettra à sa conscience lorsqu'il déclarera qu'il n'y a eu de sa part, dans ses paroles, qu'une apparence de répudiation.

On punira celui qui aura répudié par fraction ou qui aura répudié une partie de sa femme (une main, un bras). Mais la répudiation est obligatoire pour le mari qui se servira de ces mots : « Tes cheveux, ta parole sont répudiés ; » elle ne l'est pas s'il dit : « Je répudie ta toux, ta salive, tes larmes. »

Les expressions : « Tu es répudiée par une demi-répudiation, » ou « par la moitié de deux répudiations, » ou « par deux demi-répudiations, ou par une moitié et un tiers de répudiation, » ou par la répudiation de un multiplié par un, » ou dès que je ferai telle chose » et que cette chose soit faite plusieurs fois, ou « tu es répudiée pour toujours, » n'entraînent qu'une seule répudiation.

La répudiation est par un lorsque la formule employée est : « Je me sépare de toi. »

Elle est également par un lorsque le mari aura dit : « Je te répudie par la meilleure répudiation, ou par une répudiation majeure, ou par une mauvaise, ou par une répudiation grande comme un palais. »

Les formules : « Je t'ai répudiée, je te répudie, je me suis séparé de toi par répudiation, tu es répudiée, ta répudiation est obligatoire pour moi » (on n'admet pas : «tu as été répudiée »), entraînent une seule répudiation, à moins d'intention contraire.

Celui qui, ayant quatre femmes, dit : « Vous êtes répudiées par ce qui n'excède pas quatre, » répudie chacune de ses femmes par

un ; cependant, d'après Sahnoun, le mari qui les considérerait comme ne formant qu'une unité et emploierait la formule « par trois » les répudierait toutes par ce nombre.

Celui qui, ayant trois femmes, dit à la seconde : « Tu es associée à la première qui est répudiée par trois, » et à la troisième : « Tu es associée à elles deux, » répudie sa première et sa troisième par trois et la deuxième par deux.

La formule « par trois moins un, ou par trois moins deux moins un » établit une répudiation par deux.

Celle par un ou par deux moins deux constate une répudiation par un, si l'on a voulu soustraire deux du tout; sinon, elle en constate une par trois.

Est définitive, après le mariage consommé, la répudiation donnée par ces mots : « Je te répudie par la plus honteuse répudiation, » ou d'autres analogues, ou par trois, conformément à la sounna.

Est définitive, avant comme après la consommation, la répudiation formulée ainsi : «Je te répudie contrairement à la sounna, » ou « en partie, d'après la sounna, et en partie contrairement à ses règles. »

La répudiation par trois est la conséquence de cette expression : « Je n'ai plus d'autorité sur toi, » à moins que la femme n'ait acheté sa répudiation, ou offert un prix compensatoire.

La répudiation est par trois, avant comme après la consommation, sauf intention contraire lorsque le mari a dit : « Je te laisse ton chemin. »

Entraînent la répudiation par trois les formules suivantes : « Si je te répudie, tu le seras par trois, par trois moins une moitié, par deux multipliés par deux, toutes les fois que tu auras tes infirmités, toutes les fois que, chaque fois que, dès le moment que je t'aurai répudiée. » La répudiation sera encourue quand même le mari ne prononcera la formule qu'une fois.

La répudiation est par trois lorsqu'on emploie les formules : « ton union est rompue, ta corde est sur ton garot, je te répudie par un complétement (si on a l'intention que la répudiation soit définitive); je te laisse le chemin libre, entre dans ta maison. »

La répudiation est également par trois à moins d'intention contraire, et avant la consommation par ces formules : « tu es pour

moi comme morte, comme du sang, je te livre à toi-même, je te renvoie à ta famille, tu m'es défendue, toute relation entre nous est défendue. » Il en serait de même si le mari disait : « Tu es libre, délivrée, séparée entièrement, je suis délivré de toi. »

Si la répudiation a été répétée par l'emploi des mots : et, puis, ensuite, elle sera par trois, même après la consommation ; de même si le mari a prononcé les mots « plus deux », la répudiation sera par trois.

La répudiation sera par trois, si le mari emploie plusieurs formules sans les réunir par des particules, à moins qu'il n'ait eu l'intention de préciser sa pensée, auquel cas la répudiation ne sera que par un.

Si la répudiation a été soumise à plusieurs conditions, il y aura autant de répudiations que de conditions remplies.

L'exception est valablement formulée par le mot « à moins », si ce mot suit la formule et ne la détruit point.

Les expressions : « Il n'y a pas de mariage entre toi et moi, je n'ai plus de pouvoir sur toi, je ne te conduis plus, » ne donnent lieu à aucune répudiation, si le mari les prononce à la suite d'autres paroles ; mais s'il les prononce isolément, la répudiation par trois est accomplie.

L'intention sert à décider du nombre de répudiations qu'on doit attacher aux formules suivantes : « va-t'en, pars, je ne t'ai pas prise pour femme » ; ou si l'on demande au mari : As tu une femme? et qu'il réponde non ; ou encore : « Tu es libre, tu es affranchie, va rejoindre ta famille, tu n'es plus ma femme. »

Le mari qui dit à sa femme : « O femme sans frein, ô affranchie, il n'y a entre toi et moi rien de permis ni de défendu, » déclarera par serment qu'il n'a pas eu l'intention de répudier, et, s'il ne prête pas serment, le nombre de répudiations sera encouru suivant l'intention des expressions employés.

La femme est-elle interdite à son mari lorsque celui-ci lui a dit : « Ta face est interdite à ma face, ta face m'est défendue » ; ma vie avec toi est un crime? » Il y a deux avis.

On regarde comme n'entraînant pas répudiation les paroles suivantes : « O ma mère, ô ma sœur. » Mais la répudiation devient obligatoire par tout signe marquant l'intention de répudier.

Le mari peut déléguer à un tiers le droit de prononcer la répudiation.

Il peut aussi déléguer ce droit à deux mandataires ; mais, dans ce cas, l'un ne peut pas la prononcer sans l'autre, à moins de mandats distincts.

La répudiation court du moment où le mari a employé quelqu'un pour annoncer à sa femme qu'elle était répudiée, ou du moment où il lui a adressé une lettre portant répudiation.

Le mari a le droit de retirer à sa femme le pouvoir qu'il lui a donné de prononcer la répudiation.

Lorsque la femme a reçu pouvoir de répudier, toutes les relations sont interdites jusqu'au moment où elle aura fait usage de ce pouvoir. Si le mari a fixé un délai, un an par exemple, la femme sera mise en demeure aussitôt que le kadi aura connaissance du fait, et si la femme ne se prononce pas, elle perdra son droit.

Elle le perd également lorsqu'elle laisse passer le délai dans lequel elle devait se prononcer, ou lorsqu'elle s'abandonne à son mari et se remet sous sa puissance.

On acceptera l'explication que donnera la femme sur les mots qu'elle aurait prononcés.

Le mari qui a laissé le choix à sa femme pourra refuser la répudiation par plus d'un, avant la consommation du mariage.

Après qu'il y a eu relations conjugales entre époux, le mari qui a laissé ce choix à sa femme ne peut plus se refuser à accepter la répudiation prononcée. Il ne le peut pas non plus lorsque la femme dit : « Je me répudie moi-même. » Seulement on l'interrogera une première fois en public, puis une seconde pour savoir si elle a entendu prononcer la répudiation par trois. En cas d'affirmative, la répudiation par trois sera obligatoire pour le mari.

Lorsqu'un mari s'absente et qu'il déclare à sa femme qu'elle sera répudiée s'il ne revient pas dans un délai déterminé, la répudiation ne sera pas encourue si le mari reparaît dans le délai, et ce, quoique la femme ne l'ait pas vu et n'ait pas eu connaissance de son retour.

Si la condition était le retour d'un tiers, et que le mari consomme le mariage après le retour de ce tiers, mais sans que la

femme en soit informée, elle aurait encore le choix de maintenir son union ou de prononcer la répudiation.

Le choix accordé à la femme impubère produit tous ses effets; ce choix dure-t-il jusqu'à ce que la femme ait l'âge de discernement ou jusqu'à ce qu'elle ait consommé le mariage? Il y a deux avis.

Le mari jurera que par cette formule : « Je te laisse le choix d'une répudiation, mais par un; tu as le choix d'une répudiation par un, » il n'a entendu permettre qu'une répudiation unique. — Il n'y a pas lieu à serment si le mari a dit : « Tu as le choix de la répudiation par un. » Si par suite de ces formules : « Choisis deux répudiations ou dans deux ou entre deux répudiations, » la femme se décide pour une seule, sa décision est nulle, de même dans cette formule : « Choisis dans deux répudiations. »

De même la femme à qui le choix est laissé, mais sans déterminer le nombre de répudiations, ne peut se décider pour une répudiation de moins de trois.

Elle ne le peut pas davantage si le mari a dit : « Répudie-toi par trois. »

La femme sera mise en demeure de se prononcer lorsque son mari lui ayant laissé le choix, elle aura répondu : « Je choisirai dès que tu entreras en relations avec ma compagne. » L'iman Malek, en ce qui concerne le choix laissé à la femme sans détermination de temps et de lieu, revient à ce qu'il a déjà établi à cet égard, et ajoute que la femme peut exercer son droit tant qu'elle n'a pas été mise en demeure par le kadi, ou tant qu'il n'y a pas eu de relations conjugales. Le cas est le même quand le mari aura dit : « Quand tu voudras. »

Si le mari a fixé à la femme un temps et un lieu, le choix n'est valable que s'il est fait dans le temps et dans le lieu indiqués.

La répudiation laissée au choix ou à la discrétion de la femme sous conditions est valable si les conditions sont susceptibles d'exécution.

Il y a répudiation immédiate lorsque le mari dit en termes généraux et sans fixer d'époque : « Tu es répudiée. » — « Tu le seras définitivement au commencement du mois. » — « Tu l'es maintenant. »

La répudiation a lieu à dater du moment indiqué, quand même

il serait passé. Il en est de même si le mari a prononcé la formule : « Tu es répudiée dès aujourd'hui si demain tu parles à un tel. »

La répudiation produit immédiatement effet quoique le mari l'ait prononcée conditionnellement, lorsque cette condition se rapporte à un fait que la raison, les coutumes ou la loi ne sauraient admettre, ou à un fait à venir auquel il est probable, d'après les lois naturelles, que les époux assisteront (tel est le cas où le mari aurait dit : « Tu es répudiée dans un an) », ou à un fait impossible comme : « Si je ne touche pas le ciel. »

Il en est de même lorsque le mari a employé une formule ridicule : « Tu es répudiée hier. »

Ou lorsqu'il pose pour condition : un fait dont l'accomplissement est dans l'ordre de la nature : « Lorsque tu auras tes infirmités ; » un fait obligatoire : « Si je fais ma prière. Si je reste attaché à la foi musulmane ; » un fait qui ne peut être actuellement connu : « Si tu es enceinte, » « si tu ne l'es pas, » — « si cette amande est double, » « si un tel est du nombre des fidèles qui entreront en paradis ; » un fait qui échappe à l'homme comme : « S'il plaît à Dieu, aux anges, aux génies. »

Lorsque le mari aura fait serment de répudier sa femme, et qu'il aura des doutes sur l'accomplissement de la condition, il sera obligé de se séparer.

Mais on n'ordonnera pas au mari de se séparer, s'il doute avoir ou non répudié sa femme.

Lorsque le mari doute s'il a répudié Hind ou une autre de ses femmes, elles seront répudiées toutes deux. S'il a dit : « Une de vous est répudiée ; » ou si deux femmes étant réunies il a dit à l'une : « Tu es répudiée, » et à l'autre : « Non, c'est toi, » elles sont répudiées toutes deux. Mais si le mari s'est exprimé ainsi : « C'est toi ou toi, » il a le droit de choisir. S'il a dit à l'une : « Tu es répudiée, » et à l'autre : « Toi, non, » la première seule sera répudiée.

Le mari qui ne saura s'il a répudié sa femme par un, par deux ou par trois, ne pourra la reprendre qu'après qu'elle aura été mariée à un autre. Il sera cru en sa déclaration, si pendant la retraite légale, il affirme se rappeler n'avoir pas répudié par trois.

Lorsqu'un mari dit à sa femme : « Tu seras répudiée si tu parles à un tel, » ou « si tu entres dans telle maison, » la femme n'encourra la répudiation qu'après l'accomplissement de la condition. Si la condition est négative et sans indication de délai connu : « Si Zeid n'arrive pas, » le mari s'abstiendra de sa femme. — Mais ce n'est pas là une règle générale ; il est en effet des conditions qui amèneraient une solution différente.

Un mari n'est pas parjure s'il ne répudie pas sa femme, après serment, lorsque la répudiation qu'il avait prononcée était soumise à une condition impossible, par exemple : « quand je toucherai le ciel, quand cette pierre le voudra, » ou si la condition dépendait de la volonté d'un tiers et que ce tiers soit mort avant d'avoir exprimé sa volonté, ou encore si la condition est reportée à une époque que les conjoints ne verront pas suivant toutes probabilités.

Si un mari donnant à dîner dit à un tiers : « Je jure par la répudiation que tu seras des nôtres, » et que celui-ci jure qu'il n'acceptera pas l'invitation, le mari sera considéré comme parjure.

Un mari n'est pas parjure lorsqu'il dit à sa femme : « Je t'ai répudiée lorsque j'étais enfant, ou tu seras répudiée quand je mourrai, ou quand tu mourras, ou si je meurs, ou si tu accouches d'un esclave. »

Si le mari avoue un fait, et jure ensuite par la répudiation ne l'avoir point commis, il sera cru en son serment ; si au contraire, après avoir juré par la répudiation de ne pas faire un acte déterminé, il avoue par la suite l'avoir accompli, la répudiation sera encourue.

Lorsqu'un mari dit à sa femme devant témoins : « Tu m'es défendue, » et devant un autre : « Tu es définitivement répudiée ; » ou d'après l'un : » Si j'entre dans telle maison pendant le mois de ramadan, » et d'après un autre, « pendant le mois qui suivra ; » ou si un témoin déclare que le mari est entré dans cette maison pendant le premier de ces mois, et un autre pendant le second ; si un témoin affirme que les paroles attribuées au mari ont été prononcées au marché, et un autre à la mosquée ; l'un tel jour en Égypte, l'autre tel jour à la Mecque, la répudiation est suffisamment justifiée.

Lorsqu'un témoin déclare que le mari a répudié par un et un autre (par deux ou par trois), on exige que le mari atteste par serment qu'il n'a répudié que par un, et, s'il refuse de jurer, on le met en prison jusqu'à ce qu'il fasse le serment requis.

Il n'en est pas de même lorsque des témoins se prononcent sur deux faits différents, ou l'un sur un fait et l'autre sur une parole; comme si l'un des témoins déclarait que la répudiation était soumise à la condition : « si le mari entre dans cette maison, » et que l'autre vienne affirmer que le mari y est réellement entré.

Si deux témoins attestent qu'un mari a répudié telle femme et qu'ils ne se rappellent plus quelle est la femme répudiée, on n'acceptera pas leur témoignage, mais le mari devra jurer qu'il n'a répudié aucune de ses femmes.

Si trois témoins font serment que le mari a juré de répudier, le mari devra prêter le serment contraire. En cas de refus, la répudiation aura lieu par trois.

Le mari qui a répudié sa femme peut obliger celle-ci à retourner avec lui.

Pour que le droit de retour puisse être exercé, il faut : qu'il n'y ait pas de répudiation définitive, que la reprise ait lieu pendant que la femme est en retraite, que le mari ait manifesté sincèrement son intention par ces paroles : « je reviens, je prends. » D'après Ibn Rouchd, l'intention suffit, mais son opinion est contredite.

Une parole légère en apparence suffit si elle est prononcée sérieusement. Il en serait autrement si elle ne présentait aucun sens précis, aucune intention, comme : « je reviens à ce qui est permis, » « je lève ce qui est défendu. »

Il n'y a pas de reprise sans intention. Un acte tel que la cohabitation ne suffit pas.

Il n'y a pas lieu à reprise s'il n'est pas certain que les époux ont consommé le mariage, et malgré leur déclaration formelle à cet égard; du reste, on décide d'après l'aveu des époux.

Si le mari déclare qu'il reprendra sa femme demain, par exemple, cette déclaration sera-t-elle valable? Il y a deux avis.

Lorsque le mari a prononcé la répudiation contre sa femme si elle entre dans telle maison; qu'il s'absente et qu'il déclare en-

suite qu'il reprendra sa femme si elle entre dans la maison indiquée, le retour n'aura pas lieu. Il en serait autrement si la condition était en faveur de la femme et, par exemple, formulée ainsi : « Si mon mari fait telle chose, je me séparerai de lui. »

La femme qui peut être reprise est toujours considérée comme épouse; le mari n'a point le droit cependant de s'introduire chez elle, d'avoir des fréquentations et même de manger avec elle.

Il est recommandé de prononcer le retour en présence de témoins. La femme fera bien de se refuser à son mari tant que des témoins n'interviendront pas.

Il est recommandé au mari de faire un don à la femme suivant ses moyens. Ce don lui sera remis après la retraite, ou à ses héritiers, si elle vient à mourir. Le don est dû à toute femme répudiée après mariage valable. Il ne peut toutefois être réclamé lorsque le mariage était annulable, lorsque le mari accuse la femme d'être adultère, lorsque la femme a demandé elle-même le divorce, lorsqu'elle a reçu une partie de sa dot et a été répudiée avant la consommation, lorsqu'elle est répudiée par suite d'un vice rédhibitoire du mari, lorsque la répudiation a été abandonnée à son choix ou à sa discrétion.

## SERMENTS (Ila-D'ihar et La'an).

### Du serment de continence (*Ila*).

L'ila est le serment que fait, même en cas de maladie, le mari musulman de ne pas cohabiter avec sa femme.

Le serment de l'infidèle est sans valeur, quand même cet infidèle embrasserait plus tard l'islamisme.

Est nul le serment prononcé contre une femme qui nourrit son enfant.

Est obligatoire pour le mari le serment, même conditionnel, ainsi que celui adressé à une femme en retraite légale, après répudiation imparfaite.

Les formules de ce serment sont : « Je jure par Dieu de ne pas te reprendre; » « je jure de ne pas cohabiter avec toi, jusqu'à ce que tu me le demandes ou que tu viennes me trouver, » ou dans cette maison (lorsque le mari n'est pas libre de la quitter).

Est également valable, le serment ainsi formulé : « Si je n'ai pas de rapports avec toi, tu seras répudiée. » Seulement, pour que ce serment ait son effet, il faut que le mari soit dans l'intention de reprendre sa femme.

D'après Malek, la restriction : « s'il plaît à Dien, si Dieu le veut, » jointe à cette formule : « je ne cohabiterai avec toi que, » équivaut à un serment de continence.

Le serment n'est pas valable dans ces formules : « Je jure de me séparer d'elle, ou je ne lui parlerai point. »

N'est pas admise non plus la formule suivante : « Je jure de n'avoir de rapports avec toi que deux fois cette année. »

Le délai pour l'effet du serment de continence court à partir du moment où le mari manifeste en termes précis son intention de ne plus cohabiter avec son épouse; dans le cas où le serment entraînerait soit un laps de temps plus long ou plus court, soit un parjure, ce délai ne compte que du jour où intervient la décision judiciaire.

Sera délié de son serment le mari qui aura juré, s'il cohabite avec sa femme, d'affranchir tel esclave, dès qu'il n'en sera plus le maître. Mais si cet esclave fait retour à son premier possesseur, excepté par voie d'héritage, celui-ci sera tenu d'accomplir son serment.

Sera également dégagé de son serment celui qui évitera le parjure par l'accomplissement des conditions jurées, ou par leur rachat si c'est possible.

Si le mari n'a pas recours à ce moyen, la femme a le droit, lorsqu'il s'est écoulé plus de quatre mois depuis le serment, de demander, pourvu que la cohabitation puisse avoir lieu, le retour aux relations conjugales, même avec un homme atteint de folie.

En cas de refus, on prononcera le divorce.

Le mari sera cru s'il affirme avoir satisfait au retour. Dans le cas contraire on ordonnera la répudiation de la femme ; si le mari n'y consent pas, le divorce sera prononcé.

Le malade, le prisonnier qui ne pourra satisfaire au retour, rachètera son serment. La promesse du retour suffit lorsque le malade ou le prisonnier ne peut racheter à l'avance son serment.

Un musulman absent, serait-il à une distance de deux mois, sera informé que le délai est expiré. — La femme peut demeurer avec son mari après la répudiation, si elle y consent, bien que le retour n'ait pas eu lieu.

Lorsque le mari s'est dégagé de son serment, le retour sera valable après la répudiation; sinon il sera sans valeur.

Lorsque après avoir fait ce serment : « si je cohabite avec l'une de vous deux, l'autre est répudiée, » le mari refuse le retour, le kadi prononcera la répudiation de l'une des deux femmes.

### DE L'ASSIMILATION INJURIEUSE (*D'ihar*).

On appelle assimilation injurieuse une formule par laquelle un musulman capable établit une comparaison entre sa femme légitime ou une partie de sa femme et le dos ou toute autre partie du corps d'une femme avec laquelle il ne peut contracter mariage.

Si un musulman auquel on propose le mariage avec telle femme vient à dire : « Elle est ma mère, » cette parole est une assimilation injurieuse.

L'assimilation injurieuse conditionnelle ne sera valable que si la femme le veut. Tant que l'affaire n'a pas été jugée, l'assimilation est soumise à sa volonté.

L'assimilation injurieuse qui repose sur une condition dont l'accomplissement est certain, produit contre le mari un effet immédiat. — Cet effet se prolonge lorsque l'assimilation comprend un espace de temps limité.

Les conséquences de cette assimilation injurieuse « si je ne prends pas une seconde femme..... » atteindront le mari lorsqu'il n'aura plus l'espoir de pouvoir se marier une seconde fois ou qu'il n'en aura plus l'intention. — Le mari ne saurait, par une expiation prématurée, prévenir les suites d'une assimilation conditionnelle.

L'assimilation injurieuse prononcée contre la femme répudiée imparfaitement est valable.

Elle l'est également lorsqu'elle est adressée à une infidèle devenue musulmane par son mari devenu aussi musulman ou lorsque la femme qui en est l'objet a un vice de conformation.

Elle est nulle lorsqu'elle est prononcée contre une esclave qui

s'est rachetée, quand même elle n'aurait pas acquitté le prix de son affranchissement.

Le mari impuissant peut-il prononcer une assimilation valable ? Il y a deux avis.

Est claire et précise l'assimilation injurieuse renfermant une comparaison avec le dos d'une femme prohibée au mari, avec une partie du corps de cette femme ou le dos d'une personne du sexe masculin.

Ces formules : « tu es comme ma mère, tu es ma mère, » sont une assimilation injurieuse figurée, à moins qu'elles ne soient des expressions de bienveillance envers la femme. — De même cette assimilation : « tu es pour moi comme le dos dè cette personne étrangère. » Dans l'emploi de ces formules, on ajoutera foi aux paroles du mari qui aura eu l'intention de répudier sa femme.

L'expiation sera renouvelée toutes les fois que le mari, après le retour, formulera une nouvelle assimilation injurieuse. — Il en sera de même dans le cas où, ayant quatre femmes, il leur adressera ces paroles : « Celle d'entre vous qui entrera dans cette maison, quiconque d'entre vous entrera, etc. »

Il n'aura à subir qu'une seule expiation lorsqu'il n'aura prononcé contre elles qu'une seule assimilation.

De même une seule formule adressée plusieurs fois à sa femme ne donnera lieu qu'à une expiation, ainsi qu'une assimilation reposant sur une seule condition, à moins qu'il ne résulte des circonstances que le mari a eu l'intention de se soumettre à plusieurs peines expiatoires.

Tant que le mari n'a pas accompli l'expiation, il n'y a pas de relations conjugales possibles ; la femme doit s'en défendre et même porter sa plainte en justice, si elle craint quelque violence de la part de son mari ; si elle n'a rien à redouter, elle peut continuer à demeurer avec lui. La répudiation parfaite annule une assimilation conditionnelle, bien que la condition n'ait pas été remplie. Une assimilation est également sans valeur, si elle suit la formule répudiaire : « Tu est répudiée par trois, et tu es comme le dos de ma mère. »

Mais il n'en est pas ainsi lorsque l'assimilation précède la ormule répudiaire ou l'accompagne : l'expiation doit alors être accomplie.

ANATHÈME (*La' an*).

Le mari seul a le droit de prononcer l'anathème, même si son mariage est annulable, si les époux sont de mœurs dissolues, ou s'ils sont en esclavage. — Les infidèles sont privés de ce droit.

Pour que l'anathème soit établi, il faut : que l'accusation d'adultère soit portée après mariage contracté ; qu'il y en ait des preuves certaines, lorsque le mari est aveugle ; qu'il l'ait vu lui-même, s'il n'est pas atteint de cécité.

L'accusation d'adultère pendant la retraite légale entraîne anathème, même après répudiation définitive.

Lorsque le mari prononcera l'anathème, il devra dire quatre fois : « Je jure par Dieu unique que je l'ai vue en adultère » ou « que cette grossesse n'est pas de mon fait. » Il joindra comme cinquième serment : « Que Dieu me maudisse si je suis du nombre « des imposteurs, ou si j'ai accusé cette femme injustement. » Le mari muet fera son serment par signe ou par écrit.

La femme dira quatre fois : « Je jure par Dieu unique que je n'ai point été vue en adultère par cet homme, » ou que je n'ai point commis d'adultère, ou qu'il a menti. » Comme cinquième dénégation, elle ajoutera : « Que la colère de Dieu m'accable si cet homme dit la vérité. » Les mots : je jure, anathème, colère sont nécessaires. L'anathème doit avoir lieu dans l'endroit le plus respectable du pays, en présence de quatre fidèles au moins.

L'anathème de la femme tributaire, anathème prononcé par elle, le sera dans son église. — Mais on ne la forcera pas à le prononcer. Si la femme non musulmane refuse de répondre à l'anathème du mari, elle sera punie et renvoyée à ses coreligionnaires.

Les époux prononcent l'anathème l'un contre l'autre, lorsque le mari portera l'accusation d'adultère contre sa femme, adultère suite de violence ou d'erreur par cohabitation avec un individu que la femme a cru être son mari ; mais lorsque la femme acceptera comme vraie l'accusation, quoique son mari n'ait pas de preuve, lorsque la femme dira : « Je n'ai pas commis d'adultère,

mais j'ai été soumise à une violence, » si ces violences sont prouvées, le mari seul prononcera l'anathème.

Il en sera de même de la femme s'rira accusée de cohabitation illicite.

Les conséquences légales de l'anathème sont : d'écarter du mari toute punition lorsque la femme est libre, tout blâme lorsqu'elle est esclave ou non musulmane; d'attirer cette punition sur la femme qui ne veut pas prononcer l'anathème; de désavouer la paternité, de prohiber à jamais la emme à son mari.

## PATERNITÉ ET FILIATION.

Le mari a le droit de désavouer l'enfant né pendant le mariage.

Le désaveu sera admis lorsque la femme accouchera dans les six mois de la célébration du mariage ou lorsqu'à l'époque à laquelle remonte la grossesse le mari était impubère ou impuissant, ou que la femme se trouvait dans le Mar'eb et le mari en Orient.

On n'admet pas le désaveu fondé sur l'éloignement momentané du mari ou sur la ressemblance de l'enfant avec une autre personne, quand même l'enfant serait de couleur noire.

Il n'y a plus lieu à désaveu lorsque le mari a cohabité avec sa femme après qu'il a eu connaissance de son état de grossesse ou de son accouchement, ou qu'il a tardé sans motifs acceptables de désavouer la paternité.

En cas de désaveu de la part des deux époux, la paternité sera attribuée au mari.

La plus longue gestation est-elle de cinq ou de quatre ans? Il y a divergence.

Le père seul établit sa qualité de père d'un individu, dont la filiation est ignorée, par sa seule déclaration.

Lorsqu'un individu près de mourir a reconnu et désigné nominativement devant témoins comme sa fille la fille d'une de ses esclaves, cette fille est libre et a droit au partage de la succession quand bien même les héritiers nieraient la filiation.

Dans le cas où un individu qui a des successibles s'est reconnu le père d'un autre individu qui n'est point né de lui, dans le but de l'avoir pour héritier, sa reconnaissance sera sans valeur.

Lorsqu'une femme a reconnu un enfant après le décès de son

mari, cette reconnaissance donne à l'enfant le droit de réclamer la moitié de ce qui revenait à la mère dans la succession de son mari.

## SOINS A DONNER A L'ENFANCE (HADANA).

La mère mariée ou répudiée doit allaiter son enfant sans aucune rétribution. Il n'en est pas ainsi pour la femme de condition élevée ni pour la femme répudiée définitivement, à moins que l'enfant ne refuse le sein d'une autre nourrice, que le père ne soit mort ou qu'il ait disparu et que l'enfant reste sans ressource.

La mère prendra une nourrice à ses frais si elle manque de lait.

La mère qui veut allaiter son enfant lorsqu'elle n'y est pas tenue a droit à une rétribution, et ce, quoi qu'il se présente une nourrice qui offre ses soins gratuitement.

La mère doit ses soins au fils jusqu'à sa puberté, à la fille jusqu'à la célébration de son mariage.

A défaut de la mère, les soins à donner à l'enfant passent dans l'ordre suivant, à l'aïeule maternelle, à l'aïeule de la mère, à la tante maternelle de l'enfant, à la tante maternelle de la mère, à l'aïeule paternelle de l'enfant, à sa sœur, à sa tante paternelle.

A défaut de ces parents, les soins sont confiés au tuteur de l'enfant, à son frère, à son neveu, à son oncle paternel, à son cousin.

Dans les différents degrés, on donne la préférence aux parents germains, puis aux utérins, et, en dernier lieu, aux consanguins. S'il existe plusieurs parents de la même ligne et du même degré, on choisit celui qui montre pour l'enfant le plus de bonté et d'affection.

La tutrice a-t-elle la hadana? Il y a deux avis.

Pour être chargé des soins à donner à l'enfance, il faut : être sain d'esprit, être d'un âge à pouvoir donner ces soins, habiter une demeure où la jeune fille ne puisse avoir aucun motif de crainte, avoir de bonnes mœurs et ne pas être atteint de la lèpre ni d'aucune maladie contagieuse, avoir un caractère droit et une intégrité parfaite.

Il n'est pas nécessaire d'être musulman pour être chargé de la hadana.

L'homme ne sera appelé à prendre soin d'un enfant qu'autant qu'il aura une femme qui pourra s'en occuper.

La femme nouvellement mariée ne sera pas chargée de la hadana, à moins que la personne qui vient après elle dans le degré de parenté n'ait gardé le silence pendant un an, ou que son mari soit, par rapport à l'enfant, à un degré de parenté qui rende toute alliance prohibée, ou encore à un degré tel que la loi le charge des soins à donner, par exemple au degré de cousin.

Le tuteur d'un enfant même encore à la mamelle ne doit pas s'éloigner à une distance de plus de six bérids sans emmener l'enfant. Il en est de même pour la femme. Cette obligation cesse lorsqu'il s'agit d'un voyage pour affaires de commerce.

Le tuteur pourra être appelé à affirmer sous serment quelle est la nature du voyage qu'il se propose d'entreprendre.

On n'emmènera l'enfant que s'il n'y a aucun danger pour lui, si les chemins sont sûrs. A une distance moindre de six bérids (le moudaouana dit : deux bérids seulement), on n'est pas obligé d'emmener l'enfant.

La femme qui a perdu le droit de hadana sur ses enfants ne le recouvre pas par l'annulation de son mariage, par sa répudiation, ou par la mort de son mari.

Il en est de même lorsque la femme y a renoncé ; elle ne recouvre son droit qu'autant que sa renonciation avait eu pour cause son état de maladie. On admet cependant que la mère qui a renoncé reprend la hadana à la mort de l'aïeule ou lorsqu'elle devient veuve avant que la personne à laquelle ce droit revenait en ait été informée.

La hadana donne à la personne qui l'exerce le droit de recevoir les frais de nourriture et de logement de l'enfant. Le kadi est chargé de fixer le montant de ces frais.

## ADOPTION (1).

Vos enfants adoptifs ne sont pas comme vos propres enfants.

Appelez vos fils adoptifs du nom de leurs pères.

Le père adoptif peut épouser les femmes de ses fils adoptifs après qu'elles ont été répudiées.

(1) Extraits du Koran Sourate, XXXIII, v. 4, 5 et 37.

## PUISSANCE PATERNELLE.

Les enfants, tant qu'ils ne sont point majeurs ou émancipés, ne peuvent quitter la maison paternelle que du consentement de leur père.

Le père a sur ses enfants le droit de correction. Il administre leurs biens pendant leur minorité.

## DE LA TUTELLE.

L'enfant est en tutelle jusqu'à ce qu'il ait atteint sa puberté, dont les principaux caractères sont l'âge de dix-huit ans et certains signes physiques.

Le père est le tuteur de ses enfants mineurs.

A défaut de père et en son absence, la tutelle est déférée au ouaci.

Le tuteur ouaci a la faculté de renoncer à la tutelle qui lui est déférée, quand même il l'aurait précédemment acceptée.

La tutelle passe en troisième lieu au kadi.

Le tuteur est tenu de recouvrer les créances dues au mineur, de fournir à ses dépenses, de faire fructifier ses biens en les mettant en société ou autrement, et de payer l'impôt.

Le père peut aliéner tous les biens de ses enfants mineurs sans fournir les motifs de l'aliénation.

Le ouaci a-t-il les mêmes priviléges que le père? ou bien est-il tenu d'indiquer les motifs qui le portent à aliéner les biens de ses pupilles? Il y a divergence.

Le kadi a le droit, en sa qualité de tuteur, de vendre tous les biens du mineur sans distinction, mais à la charge par lui de faire constater que le pupille est orphelin, qu'il n'a pas de tuteur désigné par le père, que le mineur est propriétaire de biens à vendre et que cette aliénation est avantageuse, que les enchères ont été ouvertes à plusieurs reprises, qu'il n'y a pas de surenchérisseur, et que la valeur des biens mis en vente est atteinte.

Le droit de vente n'appartient pas à l'aïeul qui a pris soin de l'enfant. La prohibition ne s'applique pas cependant aux ventes d'objets de minime valeur.

Les immeubles appartenant à des mineurs ne peuvent être aliénés que pour les causes suivantes : besoin d'argent, vente avantageuse, payement des impôts, indivision, diminution des revenus.

La vente est aussi permise lorsque les immeubles sont situés en pays tributaire ; dans un voisinage dangereux ; lorsque le co-propriétaire veut vendre sa part et que le mineur n'a pas les ressources suffisantes pour l'acheter; lorsque, par suite du déplacement de la population, il y a lieu de craindre une dépréciation dans la valeur ; enfin lorsque l'immeuble menace ruine. La vente se poursuit alors que le mineur ait ou non d'autres ressources.

Le prix de la vente servira à acheter des immeubles libres de charges.

Le tuteur peut faire abandon du droit de chefifa que peut avoir son pupille. La prescription de ce droit court contre le mineur.

Le tuteur a le droit d'annuler les engagements contractés par le mineur.

Le mineur est responsable de la détérioration ou de la perte des biens dont il n'est pas simple dépositaire.

Le mineur a le droit de faire des dispositions testamentaires. Ces dispositions sont valables lorsque leur exécution est licite.

Le tuteur ne peut pas s'opposer à la dépense faite par son pupille d'un dirhem pour son entretien.

Du vivant du père la tutelle cesse lorsque le jeune homme pubère est capable de gérer lui-même ses biens ; mais pour la tutelle testamentaire ou d'office, l'émancipation est nécessaire.

La tutelle de la jeune fille cesse par la célébration de son maiage, et le témoignage de personnes capables qu'elle réunit les conditions voulues pour se conduire elle-même et gérer ses biens.

Le père et le tuteur testamentaire ont le droit d'émanciper la jeune fille avant que son mariage ait été célébré ; quant au tuteur d'office, il y a divergence.

Le kadi prononce sur les contestations qui concernent les tutelles et les intérêts des pupilles.

4

## INTERDICTION (Heudjeur).

L'aliéné est en état d'interdiction jusqu'à ce qu'il ait recouvré la raison.

Il est pourvu d'un tuteur.

Le tuteur ne peut pas s'opposer à ce que l'interdit prononce la répudiation, qu'il avoue ou désavoue la paternité, qu'il affranchisse un esclave.

Est interdit :

L'individu atteint d'une maladie jugée mortelle par les médecins, par exemple la phthisie ;

La femme enceinte de sept mois ;

Le condamné à mort ;

L'individu qui a subi une amputation pouvant entraîner la mort;

Celui qui est à l'armée.

N'est pas en état d'interdition :

Celui qui est atteint de la gale, par exemple;

Le voyageur qui se trouve au milieu de la tempête;

Celui qui a fait de grandes dépenses pour son entretien ou pour recouvrer la santé ;

Celui qui a fait un échange de ses biens.

La femme ne peut pas consacrer en dons, ou autres œuvres pieuses, ou en cautionnements, plus du tiers de ses biens, sans l'autorisation de son mari.

Il y a divergence sur la question de savoir si elle peut employer plus du tiers de ses biens en affaires commerciales.

Lorsque la femme fait une donation de plus du tiers de ses biens, le mari peut révoquer la donation pour le tout.

La femme ne peut disposer du tiers laissé à sa disposition que de loin en loin.

Tant que le mari ne fait pas annuler l'acte fait par sa femme, cet acte est valable.

Cet acte conserve également toute sa force si le mari n'en a pas eu connaissance avant la dissolution du mariage.

---

# COMMENTAIRE

# DU MARIAGE

## (NIKAH)

---

### CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

1. Caractères du mariage en droit musulman.
2. Le mariage n'est pas une vente.
3. Divisions proposées par le jurisconsulte el Lakhmi, sans importance au point de vue du droit civil.
4. Renvois.

**1.** Sidi Khahil a commencé son traité en rappelant, d'après la sounna, qu'il est méritoire pour l'homme de se marier, que le mariage avec une vierge est préférable, et enfin que les époux, libres dans leurs relations, ne pouvaient cependant se livrer à la sodomie ; mais il n'a pas indiqué le caractère imprimé par Mahomet à l'union conjugale. Ce caractère est très-nettement formulé dans les Hadits de el Bokhari. Le Prophète a fait du mariage un acte religieux: «Celui qui ne se marie point n'est pas des miens (1).» Il lui a donné la piété pour fondement : « On se marie pour quatre causes : pour la beauté de la femme, pour son rang, pour sa richesse et pour sa piété ; choisissez toujours la piété (2). » Il lui a assigné pour but la propagation de l'espèce : « Augmentez les mariages, afin de multiplier vos descendants (3). » Il lui a imprimé l'idée de permanence : « Ne vous mariez pas pour quelque temps ou pour quelques jours (4). » Il lui a imposé pour condition la publicité : « Célébrez les mariages au son des tambourins (5), » et en a fait, ainsi que le reconnaît Mouradja d'Ohsson, le plus solennel et le plus auguste des actes civils (6).

(1) V. Perron, *Femmes arabes*, p. 317, Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 142.
(2) Hadits de el Bokhari. V. aussi W. Irving, *Vie de Mahomet*, p. 62.
(3, 4, 5) Hadits de el Bokhari. Ibn Salamoune.
(6) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 141.

2. On a soutenu cependant qu'en droit musulman, le mariage était un contrat de vente dans lequel la femme représentait la chose vendue, et la dot constituait le prix (1). Et l'on s'est appuyé, pour justifier cette opinion, sur ce que le mari est obligé de doter sa femme, et sur cette phrase de sidi Khalil : « La dot est comme un prix de vente. » Mais nous verrons que la dot, loin de constituer un prix d'achat, a été instituée pour conserver la dignité de l'union conjugale; que le texte invoqué de sidi Khalil signifie simplement que le payement de la dot est soumis aux lois générales, qu'on lui applique les mêmes règles, qu'on le soumet aux mêmes conditions que le payement d'un prix de vente (2), et nous reconnaîtrons par suite que la théorie qui assimile le mariage à la vente ne repose sur aucun fondement juridique.

3. Le jurisconsulte el Lakhmi, sans se préoccuper du caractère de l'union conjugale, lui a donné cinq qualifications différentes. Il a appelé le mariage ouadjeb (obligatoire), lorsque le mari peut subvenir au payement de la dot et à l'entretien de la femme, et de plus qu'il craint, en dehors du mariage, de tomber dans le zina (relations illicites); mendoub (méritoire) lorsqu'il n'a pas cette crainte; djaïz (permis, indifférent) lorsque le mariage ne le détourne pas de ses devoirs religieux; mekrouh (repoussé) lorsqu'il porte atteinte à la considération du mari, mais n'attire sur lui aucune punition; enfin haram (défendu, entaché de péché) lorsqu'il entraîne punition.

Cette division, faite à un point de vue exclusivement religieux, a été adoptée par tous les jurisconsultes postérieurs, elle est reproduite ou sous-entendue dans tous les ouvrages de jurisprudence et est devenue fondamentale chez les musulmans; mais elle n'a aucune importance relativement au droit civil, et nous ne l'indiquons ici que pour mémoire.

4. Ces indications préliminaires données, nous pouvons aborder notre commentaire en commençant par la demande en mariage.

(1) Meynier, *Études sur l'islamisme et les mariages arabes*, p. 152; Perron, *Femmes arabes*, p. 171.
(2) Cadoz, *Du droit musulman*, préface.

# CHAPITRE PREMIER.

## DEMANDE EN MARIAGE.

SOMMAIRE.

5. Formalités préalables, antérieures à l'islamisme et conservées par Mahomet.
6. La demande ne constitue pas un lien de droit.
7. Elle produit néanmoins deux effets civils.
8. Mais à quelles conditions?
9. Renvois.

**5.** La demande en mariage était une formalité préalable exigée par quelques coutumes antérieures à l'islamisme. Cette demande devait être faite en tête-à-tête, sans témoin, sans publicité, afin que le père de la future pût se prononcer en toute liberté et que le futur ne fût pas humilié par un refus (1).

Cet usage a été maintenu par le Prophète, et il s'est conservé dans la législation musulmane avec le caractère que lui assignaient les coutumes primitives. « La demande en mariage, porte le texte, sera faite en particulier (2). »

**6.** Dans les conditions où elle se produit, la demande ne constitue, entre la partie qui l'a faite et celle qui en est l'objet, aucun lien de droit, en ce sens que chacune d'elles reste libre d'y donner suite ou d'y renoncer. C'est là en effet ce qu'ont reconnu tous les jurisconsultes, notamment Ibn Salamoune : « La demande en ma-« riage ne constitue qu'un engagement moral auquel la femme et « son représentant peuvent n'avoir aucun égard. » — El Karchi : « Il est permis à la femme et à son ouali de renoncer à une de-« mande en mariage par eux faite, et de retirer la parole donnée « tant qu'elle n'a pas été acceptée. »

Et ce qu'a consacré une jurisprudence récente. Le kadi d'Aïn Beïda a décidé, en effet, par jugement du 28 décembre 1861, qu'une demande en mariage, même suivie du payement d'une

(1) Perron, *Femmes arabes*, p. 225 et 226.
(2) Texte, p. 3.

somme d'argent (dans l'espèce de 300 francs), ne constituait aucun droit au prétendant, lorsque ni la fille ni le père n'avaient accepté la demande et consenti à l'union projetée. Ce jugement, déféré à la Cour d'appel d'Alger, a été confirmé par arrêt du 22 décembre 1862.

7. La demande n'est cependant pas privée d'effets civils : elle en produit deux au contraire, et tous deux fort importants.

Suivant un hadits rapporté par el Bokhari, d'après Djoraïdj, le Prophète aurait dit : « Il n'est pas permis de demander en ma-« riage une femme qui a été l'objet d'une demande précédente ; « il faut attendre avant de faire la seconde demande qu'il ait été « statué sur la première. » Le jurisconsulte Mohalif défend, en conséquence, d'empiéter sur les droits de celui qui a fait une demande en mariage : « Cela, dit-il, est défendu. — C'est considéré comme un péché. » Ibn Salamoune et avec lui l'école de Cordoue, tout en reconnaissant le droit pour la femme de ne donner aucune suite à une demande qui lui est adressée, déclare que si le second prétendant connaissait la demande primitive et si malgré cette demande il contractait mariage, ce mariage devrait être annulé, « parce que, dit-il, il faut punir ce second prétendant d'avoir commis, avec connaissance de cause, une infraction à la loi. » Sidi Khalil se range à cette dernière opinion, en limitant toutefois le droit d'annulation au cas où le mariage n'aurait pas été consommé, et pour éviter le danger de pareilles instances en nullité, il recommande à celui qui épouse une femme déjà demandée de prévenir le premier prétendant avant de passer outre à la célébration du mariage.

Le second effet civil de la demande est de fixer les conditions du mariage et de donner à celle des parties qui justifie que les conditions ne sont pas remplies le droit connu sous le nom de droit d'option. Voilà comment sidi Khalil s'explique à ce sujet : « Il y a lieu également à option lorsque le mari (le jurisconsulte suppose que c'est le mari seul qui a posé des conditions) n'a pas trouvé la femme telle que le ouali la lui avait dépeinte lors de la demande en mariage (1). »

8. Toutefois la demande ne produit les effets que nous venons d'indiquer qu'à une double condition, savoir :

(1) Texte, p. 14.

1° Qu'elle soit explicite, qu'elle indique clairement la personne qui en est l'objet et le but dans lequel elle est faite, par exemple : « Je vous demande en mariage votre fille Aïcha. (1). » Si les paroles prononcées n'indiquaient qu'un désir, une intention de mariage, elles ne suffiraient pas pour constituer légalement une demande. Aussi le texte porte-il : « Il est permis de dire à une « femme en retraite : je désire me marier avec vous (2) » et le Koran : « Il n'y a aucun mal à ce que vous fassiez ouvertement des « propositions de mariage à ces femmes (3). »

2° Qu'elle puisse être suivie d'un mariage valablement contracté. Il n'y a donc pas de demande dans le sens légal du mot lorsqu'un homme s'adresse à une femme mariée, à une parente à un degré prohibé, à une idolâtre, en un mot à toute femme qu'il lui est défendu d'épouser. C'est ainsi que sidi Khalil déclare qu'il n'est pas permis de demander clairement en mariage une femme qui est en eudda, qu'il n'est pas permis non plus à la femme en eudda ou à son ouali de consentir au mariage.

9. Mais dans quel cas une demande peut-elle être suivie d'un mariage valablement contracté? ou en d'autres termes quelles sont les conditions requises pour la validité du mariage? C'est ce que nous allons étudier dans les chapitres suivants.

---

## CHAPITRE II.

### CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

---

SOMMAIRE.

10. Quatre conditions requises. — Consentement.
11. Droit du djebr.
12. Ce droit existait dans les anciennes coutumes de l'Arabie et dans la législation hébraïque.
13. Admis par Mahomet.

(1) Formule employée dans les temps anté-islamiques.
(2) Texte, p. 3.
(3) Sourate II, v. 235.

14. Intervention des jurisconsultes.
15. Le droit de djebr ne s'exerce qu'à partir de la naissance.
16. Chez l'homme jusqu'à la puberté. — Moyens de la constater. — Déclaration de la femme.
17. Distinction entre le s'rir et le bâler'.
18. Qu'entend-on par safih?
19. Le bâler' soumis au droit de djebr lorsqu'il est medjnoun.
20. Pour les filles, divergences entre les rites.
21. Règle suivie par les Hanafites.
22. Les Malékites et les Chafeïtes. — Femme s'rira, tseïb, medjnouna.
23. Femme soumise au droit de djebr tant qu'elle est placée sous la puissance paternelle.
24. Le droit de djebr est un attribut de cette puissance.
25. Il n'est pas absolu. — Mariage avec un eunuque, un fou, un malade.
26. Et si le père refuse de marier sa fille?
27. S'il s'absente? — S'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté?
28. Le droit de djebr cesse avec la puissance paternelle. — Femmes sur lesquelles il ne peut pas s'exercer. rachida, majeure, safiha, s'rira.
29. *Quid* en cas de décès du père? — Divergence entre les rites.
30. La mère n'exerce jamais le droit de djebr.
31. Ouaci représentant du père.
32. Il agit en vertu des pouvoirs qui lui ont été donnés.
33. Et si les pouvoirs n'ont pas été déterminés? — Divergence entre les jurisconsultes.
34. Le ouaci peut se substituer un mandataire.
35. Femme ouacia. — Droits que ce titre lui confère.
36. Le *negotiorum gestor* a-t-il le droit de djebr?
37. Mariage de l'orpheline — Kadi. — Conditions spéciales de validité.
38. Abus du droit de djebr constatés par la jurisprudence, reconnu par les jurisconsultes ; palliatifs insuffisants.
39. En dehors du droit de djebr, les époux doivent donner leur consentement au mariage. — Consentement valable seulement lorsque les époux sont en bonne santé.
40. Le mari consent par lui-même ou par son oukil. — *Quid* s'il est s'rir?
41. La femme non soumise au droit de djebr ne peut se marier qu'après sa nubilité. — Moyens de la constater.
42. Son consentement est nécessaire.
43. Il est donné par elle-même ou par un ouali suivant les Hanafites.
44. Forcément par un ouali, d'après les Malekites et les Chafeïtes.
45. Ouali antérieur à l'islamisme. — Ses fonctions multiples.
46. Rang des ouali suivant chaque rite.
47. Le rang est-il obligatoire?
48. Oui, suivant les Hanafites.

49-50-51. Trois systèmes chez les Malekites et les Chafeïtes.

52. Pluralité des ouali.
53. *Quid* si le ouali est absent, prisonnier, réduit en esclavage?
54. S'il est fou, impubère, débauché?
55. Conditions requises pour être ouali. — Sexe. — Différence des rites.
56. Pouvoir donné au ouali.

57. Est régulier lorsqu'il est donné devant témoins.
58. Le pouvoir peut être général ou spécial. — Conséquences légales.
59. Droit de refus accordé à la femme et refusé à l'homme.
60. Le ouali peut se choisir lui-même comme époux.
61. Le ouali peut se substituer un mandataire.
62. Consentement donné par la femme d'une manière différente suivant qu'elle est vierge ou tseïb.
63. Femmes vierges assimilées aux tseïb.
64. Pas de formule sacramentelle.
65. Préférence due au choix de la femme.
66. L'articulation d'un mot est-elle nécessaire? — Emlissia.
67. Le consentement doit être donné au moment où le mariage se contracte. — Exceptions à la règle.

**10.** Les conditions requises pour la validité du mariage sont : 1° le consentement des époux ; 2° la constitution d'une dot au profit de la femme ; 3° l'absence de tout empêchement légal ; 4° la présence de deux témoins (1).

#### DU CONSENTEMENT.

**11.** Le consentement est donné, suivant les circonstances, soit par les époux, soit par le père de famille ou ses représentants. Le père peut ainsi consentir au mariage de ses enfants sans les consulter, leur imposer le mariage. Le droit que le père exerce alors s'appelle droit de djebr (2).

**12.** Ce droit que nous retrouvons dans toutes les législations basées sur la toute-puissance du père de famille existait, en Arabie, depuis les temps les plus reculés. Dans les tribus arabes le père mariait ses fils jusqu'à ce qu'ils fussent en état de porter les armes, parce qu'alors ils faisaient souche à part, et par eux-mêmes, et ses filles jusqu'à ce qu'il eût perdu sur elles, par leur mariage ou autrement, sa puissance paternelle (3). Dans les tribus juives le pouvoir du père de famille était moins étendu ; aux termes de la loi rabbinique, le père ne pouvait, en effet, jamais imposer le mariage à ses fils, et quant à ses filles il n'avait le droit de les marier sans les consulter que pendant leur minorité, c'est-

(1) Mahi Eddin et Aïssa ben Djuber l'Andalous, p. 58; Sicé, *Lois mahométanes*, p. 53

(2) Mohammed Assem et el Téoudi, traduction de Bourdens-Lasalle, ch. III.

(3) Caussin de Perceval, *Hist. des Arabes*, t. I, p. 268; Perron, *Femmes arabes*, p. 191-226; Ducauroy, *Journal asiatique*, t. XIX, p. 527-528.

à-dire tant qu'elles n'avaient pas atteint leur douzième année (1).

**13.** Le droit de djebr était donc passé dans les mœurs des populations qui habitaient l'Arabie. Mahomet s'y soumit lors de son mariage avec Aïcha et le consacra par sa législation civile. Il maintint au père de famille le droit d'imposer le mariage à ses enfants par le verset du Koran : « Ne mariez pas vos filles avec « des idolâtres (2), » verset qu'il expliqua ensuite par le hadits suivant : « Mariez vos enfants des deux sexes quand ils sont en-« core jeunes. » Il limita ce pouvoir en conservant aux hommes le droit de se marier dès qu'ils auraient atteint l'âge de puberté, sans avoir besoin du consentement de leur père, en disant : « N'épousez point des femmes idolâtres (3). » « N'épousez que « deux, trois ou quatre femmes (4). » « O jeunes hommes! que « ceux d'entre vous qui peuvent se marier se marient (5), » et en reconnaissant le même droit à la femme tseïb, c'est-à-dire à celle qui n'est plus vierge. Un hadits rapporté par el Bokhari, d'après Abder Rahman bel Kassem, dispose à ce sujet : « Un homme avait « marié sa fille tseïb contre son gré, la fille se rendit auprès du « Prophète, qui, après l'avoir entendue, lui dit : « Ton père a « outre-passé ses droits, j'annule ton mariage. Tu ne peux plus « être mariée que de ton consentement. »

**14.** Les principes ainsi posés, les jurisconsultes n'ont plus eu qu'à en faciliter l'application par des dispositions complémentaires.

**15.** Ils ont d'abord admis, conformément à la doctrine hébraïque (6), et en se fondant sur ce que le hadits ci-dessus rapporté donne au père le pouvoir de marier ses enfants, que ce pouvoir existait à partir de la naissance, mais non pendant la grossesse de la mère; et cette règle a été récemment appliquée par le kadi de Guelma, le 17 mars 1866, et par le kadi de la 17ᵉ circonscription d'Oran le 11 août 1865. Ce dernier a débouté Mohammed ben Bahia de sa demande en validité de mariage avec Kheira bent Kamoun par ce motif : « que Kamoun ne pouvait avoir

(1) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. I, p. 123 et suiv.
(2) Koran Sourate, II, v. 220.
(3) Koran Sourate, II, v. 220.
(4) Koran Sourate, IV, v. 3.
(5) Hadits rapportés par el Bokhari.
(6) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. I, p. 140.

« marié sa fille à l'époque indiquée, puisqu'à cette époque Kheira « n'était pas encore née. »

**16**. Des jurisconsultes se sont ensuite demandés à quelle époque l'homme devenait pubère et pouvait donner un consentement valable; et ils ont décidé, conformément aux usages anciennement reçus, que la puberté dépendait chez chaque individu du développement de la nature; ils ont, en conséquence, indiqué les signes qui la caractérisent et les moyens à l'aide desquels il est possible de la constater. Nous renvoyons, sur ce point, aux explications contenues au chapitre XIX ci-après. Disons cependant que dans le cas où le mariage serait attaqué pour vice du consentement du mari, vice provenant de ce que le mari serait impubère, la femme est autorisée à attester la puberté et que foi est due à sa déclaration. « La femme, dit sidi Khalil (1), sera crue « lorsqu'elle déclarera que son mariage a été célébré après la pu- « berté de son mari. »

**17**. Le fils non pubère, soumis à ce titre au droit de djebr, est appelé s'rir (littéralement : petit, jeune, enfant). Le pubère est désigné sous le nom de bâler'.

**18**. En principe, le bâler' ne peut être marié que de son consentement. Si cependant il est safih (expression qui, d'après Mohammed Haqq ed dine Râzi, dans son grand commentaire du Koran, signifie : qui manque d'intelligence, qui a de la légèreté pour l'administration de ses biens), quelques auteurs pensent que les effets de sa puberté sont suspendus et que le père conserve, jusqu'à ce que la capacité de son fils soit constatée, l'exercice du droit de djebr; d'autres soutiennent que le fils, même safih, reste affranchi de l'autorité paternelle; de là une incertitude dans la loi, constatée par sidi Khalil en ces termes : « Il y a diver- « gence (2). »

**19**. Mais tous les auteurs sont unanimes pour déclarer que le bâler' reste soumis au droit de djebr, quel que soit son âge, lorsqu'il est medjnoun (3) (dans un état habituel d'imbécillité). Le texte porte : « Le père impose le mariage à son fils atteint d'im- « bécillité, lorsqu'il en a besoin. » Ces derniers mots pourraient

(1) Texte, p. 15.
(2) Texte, p. 3.
(3) Mouradja d'Ohsson. t. V, p 264.

faire naître des interprétations diverses; la seule admise par les jurisconsultes musulmans consiste à dire que le père doit agir avec prudence et ne marier son fils medjnoun que lorsque la nature en fait une nécessité.

**20**. En ce qui concerne les filles, il y a divergence entre les rites.

**21**. D'après les sectateurs d'Abou Hanifa, le hadits relatif à la fille tseïb ne contient qu'une décision de fait, une application à une espèce particulière du principe déjà admis par la législation hébraïque (1), que les filles acquièrent leur majorité et dépendent d'elles seules dès qu'elles deviennent nubiles. « La nubilité, « disent-ils, rompt le lien qui leur faisait suivre les conditions de « leur père; elle produit pour les filles le même résultat que la « puberté pour les garçons (2), et le Prophète l'a reconnu lui-« même en consultant sa fille Fatima avant de l'accorder à Ali. » Les Hanafites professent, en conséquence, que le droit de djebr s'exerce sur les filles jusqu'à leur nubilité seulement, et qu'à partir de cette époque elles ne peuvent être mariées que de leur consentement. « Toute personne majeure et saine d'esprit, de l'un et de « l'autre sexe, dit Mouradja d'Ohsson, est libre de disposer elle-« même de sa main (3). »

**22**. Les Malékites considèrent, au contraire, le hadits comme contenant une décision de principe, comme établissant une distinction fondamentale entre la femme bikr (vierge) et la femme tseïb (qui ne l'est plus). Ils accordent donc au père le droit d'imposer le mariage à sa fille vierge, quel que soit son âge (4). C'est l'opinion de l'imam Malek, soutenue par tous les jurisconsultes du rite, notamment par Ibn Salamoune, Mahommed Assem, el Téoudi, Cheikh Tsouli, Aïssa ben Djaber, sidi Khalil. El Karchi nous apprend cependant, dans son Commentaire, que quelques auteurs sont d'avis de reconnaître à la vieille fille (ânis) — celle de cinquante ans environ — le droit de consentir seule à son mariage.

Le rite va plus loin, il admet que le père peut encore exercer son droit de djebr sur sa fille même tseïb, lorsqu'elle est s'rira

(1) Sautayra et Charleville. Eben Haezer, *Code rabb.*, t. I, p. 127.
(2) Ducaurroy, *Journal asiatique*, t. XIX, p. 527.
(3) T. V, p. 263.
(4) Cadoz, *Examen critique*, p. 129.

(jeune), medjnouna (atteinte d'insanité d'esprit), ou qu'elle a perdu sa virginité par suite d'accidents ou de relations illicites.

« La fille, dit ben Shanoun, peut, tant qu'elle est s'rira. être « mariée d'autorité par son père, parce que, n'étant point passée, « par son mariage, sous la puissance de son mari, elle est restée « sous la puissance paternelle. » C'est aussi l'opinion de sidi Khalil (1).

En ce qui touche la medjnouna, le texte porte (2) : « Le père a le « droit d'imposer mariage à sa fille lorsqu'elle est medjnouna, » sans distinction entre le cas où elle est bikr et celui où elle est devenue tseïb.

La perte de la virginité par accident ne soustrait point la femme à la puissance paternelle pas plus que les relations illicites, le Moudaouana, Ibn el Kassem, le Téoudiha, Echeheb, le Hédaya le déclarent en termes exprès. Sidi Khalil nous apprend toutefois qu'une divergence d'opinions s'est élevée entre les jurisconsultes lorsque ces relations se sont répétées. Mais il est bon de remarquer que le cas auquel fait allusion le jurisconsulte est celui où la fille mène une conduite déréglée et où le père de famille connaissant les écarts de sa fille et les tolérant semble par là l'avoir émancipée et l'avoir rendue maîtresse de ses actions (rachida).

**23.** Les jurisconsultes modernes ont donc été amenés à modifier la règle que les anciens avaient tirée du hadits du Prophète et à admettre que la femme est soumise au droit de djebr tant qu'elle est placée sous la puissance paternelle. Et c'est là ce qu'a consacré la Cour d'Alger dans plusieurs arrêts, notamment : 1° dans celui du 10 février 1863, portant que « la femme donne personnellement son consentement lorsqu'elle n'est plus soumise au pouvoir paternel ; » 2° dans celui du 4 novembre 1865 : « Attendu que d'après la loi musulmane, le père a le droit de donner en mariage sa fille vierge, exclusivement soumise, en cette qualité, à la puissance paternelle ; » 3° dans celui du 15 mai 1866 confirmant un jugement rendu le 19 janvier précédent par le kadi de Médéa ainsi conçu : « Le père a nié avoir marié sa fille, il a dé- « claré qu'il ne pouvait même pas la marier sans la consulter

(1) Texte, p. 4.
(2) Texte, p. 3

« parce qu'elle n'était plus sous la puissance paternelle et qu'elle « seule pouvait disposer de son sort. »

**24.** Les rites s'accordent donc à reconnaître que le droit de djebr est un attribut de la puissance paternelle, et, à ce titre, ils en font une institution d'ordre public à laquelle il est défendu de déroger par des conventions particulières. Le tribunal supérieur d'Alger l'a décidé dans les circonstances suivantes : Ali ben Mohammed avait divorcé sa femme Néfissa. Une fille, Mouni, était née de leur union ; elle fut confiée aux soins de sa mère ; le père s'engagea même dans l'acte de divorce à renoncer à ses droits sur sa fille. Malgré cet engagement, il la maria quelques années plus tard. Opposition de la part de la mère et, sur cette opposition, jugement du medjlès d'Alger du 26 janvier 1837 portant : « D'après les principes du droit et les règles évidentes et équi- « tables, le mariage de Mouni est valable et obligatoire ; il n'existe « pas de motif pour mener à son annulation et la demande de la « femme Nefissa est mal fondée. »

Ce jugement, frappé d'appel, fut confirmé par arrêt du tribunal supérieur d'Alger du 8 mars suivant, ainsi conçu : « Considérant « qu'aux termes de la loi musulmane, le père ne peut pas se dé- « partir de la puissance paternelle, qu'il a seul le droit de dis- « poser pour le mariage de la main de sa fille et que, dans la « cause, Ali ben Mohammed n'a fait qu'user du bénéfice de cette « loi (1). »

**25.** Le droit du père d'imposer le mariage à ses enfants n'est cependant pas absolu. Sidi Khalil rapporte dans son texte la défense faite au père de marier sa fille à un eunuque ; mais cette défense ne doit pas être limitée au seul cas prévu, il y a lieu au contraire de l'étendre à tous les mariages qui ne remplissent pas le but de la nature, à ceux contractés avec un malade, un fou, un esclave, un infidèle, ou qui, d'après la phraséologie arabe, constitueraient pour la fille un dommage, un préjudice. Telle est en effet la doctrine du Prophète exposée dans ce hadits de el Bokhari : « Si un « père marie sa fille à un homme qu'elle ne puisse accepter, vous « casserez le mariage, » et reproduite par tous les jurisconsultes, notamment par le cheik Tsouli, par el Téoudi dans ses commen-

(1) De Ménerville, *Jurisprudence de la Cour d'Alger*, p. 451.

taires de Mohammed Assem (1), par l'auteur d'el Maïd. « Le père « n'a pas le droit de marier sa fille à un esclave, à cause du « déshonneur qui en résulterait pour elle; » par Sahnoun dans la Selimenia : « Si le père voulait marier sa fille à un possédé des « génies, à un lépreux, à un éléphantiasique, à un noir, ou à tout « autre dont la condition ne serait pas égale à la sienne, le kadi « pourrait l'empêcher parce qu'il y aurait préjudice; » par el Mouchéouïa dans le Tarar : « Le père ne peut pas marier sa fille « vierge à un lépreux ou à un éléphantiasique. »

**16.** Le droit de djebr est encore limité en ce sens que le père ne peut pas abuser de son autorité pour repousser systématiquement les demandes en mariage dont la fille serait l'objet, et par suite la contraindre au célibat. Cet abus d'autorité ne se présente pas, en fait, dans la société musulmane; mais enfin si un père oubliait ses devoirs et refusait de marier sa fille, celle-ci n'aurait qu'à se plaindre au kadi, et le magistrat, après s'être assuré de la légitimité de la réclamation portée devant lui et du mauvais vouloir du père de famille, pourrait autoriser le mariage. Il ne faut pas oublier, porte une consultation du mufti Malekite de Blida, en date du 18 mai 1872, « qu'en justice musulmane le « refus sans raison plausible est inacceptable lors même qu'il « proviendrait du père. Le kadi, dans une pareille circonstance, « marie lui-même la jeune fille ou désigne quelqu'un et lui con- « fère la qualité de mandataire pour faire dresser son contrat de « mariage; un étranger même pourrait recevoir ce mandat. »

Toutefois il est recommandé aux kadis de n'accorder l'autorisation de marier une fille malgré la volonté du père qu'après enquête et dans des circonstances graves qu'il est laissé à leur prudence d'apprécier. « On ne décidera pas, porte le texte, qu'un « père refuse de marier sa fille parce qu'il aura repoussé plu- « sieurs demandes (2). »

**17.** Mais le père de famille, sans abuser du droit de djebr pourrait cependant, par son absence seule, si elle se prolongeait, mettre obstacle au mariage de sa fille.

La loi a pourvu à cette éventualité en permettant au kadi d'autoriser le mariage. Sidi Khalil dit : « Si la distance entre le lieu

(1) Traduction de Bourdens Lasalle, ch. III.
(2) Texte, p. 5.

« habité par le père et celui ou demeure la fille est de plus de « dix jours de marche, comme, par exemple, si l'un était en « Égypte et l'autre en Mauritanie, le kadi pourra valablement « autoriser le mariage, » et tous les auteurs sont d'accord que le pouvoir ainsi donné au kadi est général, qu'il s'étend à tous les cas où il est impossible d'entrer en communication avec le père et d'obtenir sa procuration ou son refus motivé; par exemple, lorsqu'il est absent, dans le sens légal du mot, qu'il est réduit en esclavage, emmené comme prisonnier de guerre, etc.

**28.** Le droit de djebr cesse en même temps que la puissance paternelle. Il ne peut donc plus s'exercer :

1° Sur la rachida (1), sur la fille que le père a émancipée, qu'il a rendu maîtresse de ses droits ;

2° Sur la femme majeure qui a été légalement mariée, qui a consommé le mariage et dont le mariage a ensuite été dissous. La Cour d'Alger l'a reconnu dans un arrêt du 20 février 1871 portant : « Attendu que Meriem est femme déjà divorcée, que dès lors elle est libre de s'engager avec celle des parties qu'elle voudra choisir définitivement, sans se préoccuper des promesses que son père peut avoir faites la concernant; »

3° Sur la fille safiha qui a été déjà mariée, Sidi Khalil ajoute (2) : « Quoique son mariage ait été plus tard annulé ; » mais il est hors de contestation que par annulé le jurisconsulte a eu en vue toute dissolution de l'union conjugale, que cette dissolution provienne d'une nullité proprement dite, de la mort du mari, du divorce ou de la répudiation ;

4° Sur la s'rira qui a été conduite chez son mari, qui y est restée une année entière et qui ensuite a été répudiée, quand même elle n'aurait pas eu de relations intimes. La vie conjugale pendant une année a donc pour conséquence d'établir une présomption légale de consommation du mariage et de faire perdre au père de famille sa puissance paternelle.

Il en était de même en droit rabbinique : « Si la fille mariée jeune, dit Eben Haezer (3), a été divorcée ou si elle est devenue veuve du vivant de son père avant l'âge ci-dessus (douze ans),

(1) Tous les auteurs, texte, p. 4.
(2) Texte, p. 4.
(3) Sautayra et Charleville, t. I, p 127.

elle sera considérée comme majeure et le père n'aura pas de puissance sur elle. »

**29.** En cas de décès du père les chafeïtes admettent que le droit de djebr passe à l'aïeul. « Le père et le grand-père, dit Abou Chodja (1), ont le pouvoir d'obliger leurs filles et leurs petites-filles vierges au mariage.

Les Hanafites vont plus loin, ils étendent ce droit aux tuteurs naturels, c'est-à-dire : 1° aux descendants, 2° aux ascendants, 3° aux collatéraux dans l'ordre successoral.

« Le tuteur, dit Mouradja d'Ohsson (2), a le même droit que le père de marier à son gré ses pupilles mineures; comme lui il peut les y contraindre. »

Quant aux Malékites, ils considèrent le droit de djebr comme essentiellement personnel, comme attaché exclusivement à la qualité de père, et en refusent la dévolution même à l'aïeul; c'est ce qui résulte du texte de sidi Khalil ne parlant que du père, du ouaci et du kadi et ce qu'a consacré la jurisprudence algérienne.

Le kadi malékite d'Alger a, par jugement du 16 août 1870, débouté un grand-père qui demandait à exercer le droit de djebr. Appel a été interjeté, et sur cet appel, la Cour d'Alger a maintenu la décision du premier juge par arrêt du 11 octobre 1870 portant : « que le grand-père est bien le ouali de sa petite-fille, mais que c'est au kadi seul qu'il appartient de procéder à son mariage après avoir pris son consentement et en présence du grand-père. »

**30.** Quant à la mère, elle n'est pas admise, comme en droit hébraïque du reste (3), à exercer la puissance paternelle; elle n'a dans aucun cas le droit d'imposer le mariage à ses enfants. On pourrait croire cependant qu'une exception a été introduite en sa faveur en lisant le texte de sidi Khalil; ce texte porte en effet : « Lorsque le père marie sa fille pauvre à un homme également pauvre, la mère a le droit d'intervenir (4). »

Mais cette intervention n'est autorisée qu'en ce qui concerne la

(1) Traduction de Krijzer, p. 39.
(2) T. V, p. 264-265.
(3) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. I, p. 125
(4) Texte, p. 4.

constitution de la dot. Ainsi, que le père marie sa fille à un homme sans fortune moyennant une dot composée de coussins brodés d'or, la mère pourra réclamer contre une pareille dot, qui est complétement inutile à sa fille, demander à ce qu'elle soit changée, et, en cas de refus saisir le kadi qui statuera.

**31.** Nous avons dit que le droit de djebr peut s'exercer par le père ou ses représentants. Nous connaissons les représentants désignés par la loi suivant les rites; il nous reste à nous occuper du tuteur désigné par le père lui-même, nommé ouaci ou tuteur testamentaire.

**32.** Le tuteur ouaci est, en principe, l'exécuteur de la volonté paternelle; il est tenu de se conformer à cette volonté et l'on exige même pour la régularité que les pouvoirs en vertu desquels il agit soient rappelés et rapportés dans les actes passés par lui (1).

Aucune difficulté ne peut donc s'élever sur l'étendue des droits du ouaci lorsque le père lui a confié le pouvoir de marier sa fille Aïcha, par exemple, à Abd el Kader, ben — dans tel délai, à telles conditions (2), ou lorsqu'il a dit simplement : « Je nomme Ahmed Ben....., ouaci de mes enfants, je lui confie le pouvoir de les marier à son gré; » parce que, par les termes mêmes dont il s'est servi, le père a transmis au ouaci tous les pouvoirs qu'il avait lui-même. Le ouaci pourra seul, dans ce cas, marier les enfants placés sous sa tutelle, et sa volonté sera respectée comme le serait celle du père de famille (3).

Aussi le kadi de Mostaganem, dans son jugement du 24 octobre 1866, a-t-il déclaré nul un mariage : « Attendu que ce mariage a été conclu par la mère, tandis que c'était à Kada, en « vertu des pouvoirs qui lui ont été confiés par le père, à le contracter, puisque le père de Halima l'avait mis en son lieu et « place par son testament. »

Il y a cependant à la règle une exception. La fille et le ouaci peuvent, d'après el Téoudi, se soustraire à la volonté du père, si l'époux a eu une mauvaise conduite, s'il est atteint d'une maladie

(1) El Téoudi, *Commentaires sur Mohammed Assem,* traduction de Bourdens Lasalle, ch. III.

(2) El Téoudi, *Commentaires sur Mohammed Assem*, traduction de Bourdens Lasalle, ch. III.

(3) Mahi Eddin et Aïssa ben Djaber, p. 59; texte, p. 4.

de nature à porter préjudice à la femme, ou s'il a été condamné pour vol (1).

**33.** Mais si la désignation du tuteur a été faite en ces termes : « Je nomme Amed Ben, — ouaci à mes enfants, » quels sont les pouvoirs du ouaci ? C'est à cette hypothèse que sidi Kalil fait allusion en disant : Il y a divergence. El Lakhmi pense que le ouaci, par cela seul que la tutelle ouacia lui est conférée, possède tous les pouvoirs du père de famille et notamment celui d'imposer le mariage. Abel el Oued et Bel Kassem ben Kassar soutiennent au contraire que le tuteur testamentaire n'a pas, dans l'espèce que nous supposons, reçu une délégation suffisante du père de famille, qu'il ne doit être considéré que comme un ouali n'ayant pas le droit de djebr.

Cette opinion a été confirmée par deux arrêts de la Cour d'Alger des 1er mai 1867 et 18 juin 1872.

Le premier de ces arrêts est ainsi conçu :

« Attendu que le titre produit fût-il probant, l'intimé ne serait « pas fondé à en faire découler le pouvoir discrétionnaire auquel « il prétend;

« Qu'en effet, aux termes de la loi musulmane, le tuteur testa« mentaire n'a le droit d'imposer à sa pupille un mari déterminé « qu'autant que celui-ci a été expressément désigné par le père « avant son décès ;

« Que dans ce cas c'est la volonté de ce dernier qui continue à « s'exécuter, avec la présomption qu'elle a été inspirée par l'inté« rêt seul de la jeune fille ; présomption qui s'amoindrit et peut « même s'évanouir complétement lorsque le choix du mari à « donner à celle-ci a passé en d'autres mains que celles de son « père. »

Le second arrêt dispose :

« Attendu que l'acte par lequel Ben Youssef a conféré à Moham« med ben Salem la tutelle de ses enfants mineurs, et notam« ment de sa fille Khadoudja, ne porte pas pouvoir de les marier; « que dès lors Kadoudja est affranchie du droit de djebr, et ne « peut plus être mariée que de son consentement. »

**34.** Le ouaci n'est pas obligé de procéder lui-même au mariage

(1) El Téoudi, *Commentaires sur Mohammed Assem*, traduction de Bourdens Lasalle, ch. III.

des enfants placés sous sa tutelle; il peut transmettre à un mandataire ou procureur fondé les pouvoirs qu'il a reçus du père de famille; nous en trouvons un exemple dans la clause suivante d'un acte de mariage dressé par le kadi de Guelma, le 16 octobre 1861 : « La susnommée (Mouni bent el Hadj) a été donnée en mariage au susdit (Mohammed ben Amsi) par son frère germain; si Ali ben el Hadj bel Kassem, par suite de l'empêchement de son tuteur, exécuteur testamentaire de son père, el Hadj ben Ibrahim, lequel lui a donné sa procuration à ces fins. »

**35.** La femme est habile à devenir tutrice ouacia, mais cette tutelle ne lui permet de marier personnellement que ses pupilles du sexe masculin.

« La femme ouacia, dit le oueteïk el Medjmoua, a le droit de contracter mariage pour celui qui est sous sa tutelle et pour son esclave mâle (1). »

En ce qui concerne les filles, le Prophète a refusé formellement ce droit à la tutrice par ce hadits : (2) « La femme ne marie pas une autre femme. » Aussi la ouacia qui veut marier une fille dont elle a la tutelle doit-elle donner procuration à un homme, que ce soit un parent ou un étranger à la famille. C'est ce qu'indique sidi Khalil par cette phrase : « La femme ouacia délègue ses pouvoirs même à un étranger pour marier sa fille (3). »

La Cour d'Alger a donc fait une fausse application de la loi en déclarant, par son arrêt du 19 février 1852, que la femme investie de la ouacia avait, lorsque aucune exception n'avait été insérée dans l'acte constitutif de la tutelle, « droit et qualité pour con- « sentir elle-même au mariage de sa pupille. »

**36.** Et le *negotiorum gestor*, celui que le père de son vivant a investi de l'administration de tous ses biens, ne peut-il pas, en vertu du mandat général qu'il a reçu, marier la fille dont les intérêts et la personne lui sont confiés?

En principe, non. Tous les jurisconsultes sont d'accord; ils admettent cependant que le mariage n'est pas radicalement nul, et ils lui font produire ses effets lorsqu'il a été approuvé postérieurement par le père de famille. « Le mariage sera valable, dit

(1 et 2) Cités par el Téoudi, ch. 2.
(3) Texte, p. 4

« sidi Khalil (1), lorsque celui qui a le droit de l'imposer a auto-
« risé son père, son aïeul, son fils, à administrer les biens du
« mineur et qu'il a approuvé le mariage conclu par eux. »

**27.** Le kadi, nous l'avons déjà vu (n° 26), peut, dans certaines circonstances, autoriser le mariage d'une fille malgré la volonté du père; il a ce même droit vis-à-vis d'une orpheline, alors que cette orpheline est âgée de dix à quinze ans, qu'elle est sans ressource et que son honneur est en danger.

L'orpheline est appelée à donner son consentement; mais on conçoit que les kadis pourraient, malgré cette garantie, abuser du pouvoir qui leur est confié; aussi les oblige-t-on, avant d'autoriser le mariage de ces orphelines, à constater juridiquement qu'elles se trouvent dans les conditions voulues par la loi.

C'est ce qu'a fait le kadi de Mostaganem à l'occasion de l'orpheline Bent el Kezadri; il a dressé l'acte suivant :

« Taieb ben Douadj demande que Ali Kezadri procède au mariage
« de sa sœur avec son fils Ali ben Douadj. Ali Kezadri répond que
« sa sœur est orpheline, qu'elle est sans ressources, qu'il la marie-
« rait bien, mais qu'elle n'a pas l'âge voulu pour cela, et qu'il a
« besoin de l'autorisation de justice.

« Le kadi, après avoir entendu les parties, et ayant pris des
« renseignements à ce sujet, il en est résulté pour lui la preuve
« que cette fille est réellement orpheline, qu'elle n'a pas de for-
« tune, qu'elle est âgée de onze ans et qu'elle désire prendre
« pour époux ledit Ali Douadj.

« En présence de ces faits, le kadi craignant que cette jeune
« fille ne se corrompe, et attendu qu'elle se trouve dans les con-
« ditions prévues par la loi,

« Autorise ledit Ali Kezadri à marier sa sœur avec Ali, le fils de
« Taieb ben Douadj. »

**28.** L'exercice du droit de djebr a produit de graves abus. « En Algérie porte un document manuscrit d'un ancien kadi de Constantine, le père ou le ouaci font souvent du mariage de leurs enfants ou de leurs pupilles une spéculation coupable; ils marient les garçons pour s'autoriser à faire auprès des parents ou des invités la collecte connue sous le nom de aoua ou iana;

(1) Texte, p 4.

ils marient les filles pour toucher leur dot et se l'approprier en l'employant à leurs besoins personnels. »

Il y a plus : le père ou le ouaci cherchent souvent à tirer un avantage du mariage de la femme en se faisant remettre à eux-mêmes une partie, quelquefois la plus considérable, de la dot offerte par le mari.

Le capitaine Richard, dans son opuscule sur l'esprit de la législation musulmane, dit à ce sujet (1) : « La femme a beau protester « du fond de la tente de son oppresseur, qu'il porte le nom de « père ou tout autre; celui-ci, par une indigne profanation des « sentiments les plus sacrés, aime mieux obtenir une grosse « somme d'argent que d'assurer la dignité et le bonheur de la « pauvre fille, dont il est pourtant le défenseur naturel. Les con- « ditions avantageuses accordées à celles-ci devant rogner « d'autant ses bénéfices, il en demande pour elle le moins qu'il « peut. »

Les documents judiciaires que nous avons eus à notre disposition confirment, en tous points, les faits dénoncés par le capitaine Richard.

Ainsi, entre autres : Ahmed ben Chérif se présente devant le kadi de la tribu des Sédrata et prétend que Djermouna bent Embarek lui a été accordée en mariage par son père lorsqu'elle était encore en bas âge ; que le mariage a été conclu moyennant une dot de 700 francs, dont 400 étaient affectés à la fille, et le surplus au père à titre de gratification ou de haba. — Jugement du 7 janvier 1863.

Mohammed ben si Mohammed excipe devant le kadi de la 82e circonscription, d'un mariage dans lequel la dot composée de 150 francs était attribuée, 50 francs à la femme et 100 francs à son père. — Arrêt de la Cour d'Alger du 18 août 1865.

Mohammed el Guerfi soutient devant le kadi de la quatrième circonscription de Constantine qu'il a été marié à Derifa moyennant une dot de 500 francs dont 250 francs pour elle et 250 francs pour son père qui les a reçus. — Jugement du 11 mai 1865.

Mohammed ben Kassem s'est marié à Fattma bent Rabah moyennant une dot de 400 francs dont 100 francs destinés à la

(1) P. 10.

femme et 300 francs à son père. — Arrêt de la cour d'Alger du 26 décembre 1864.

Le contrat de mariage passé le 15 avril 1871 devant le kadi de la soixante-sixième circonscription de Constantine, porte : La dot a été fixée à 550 francs payables comptant, savoir 250 francs pour le père à titre de haba (cadeau) et le reste pour le trousseau.

Ajoutons que la Cour d'Alger a été appelée à constater plusieurs fois, par elle-même, les abus que nous signalons. Voici en effet ce que nous lisons dans un de ses arrêts, celui du 28 juin 1870 :

« Attendu qu'il paraît certain que el Mouloud, par suite d'une « spéculation peu honorable sur sa fille Fatma et déloyale envers « ceux avec qui il contractait, l'a donnée, à peu près à la même « époque, en mariage tant à el Hachemi qu'à Belkassem, ainsi « que des témoins dignes de foi l'attestent; qu'il a reçu de chacun « d'eux une partie de la dot convenue, et que s'il nie aujourd'hui « tous ces faits, ce ne peut être que pour s'approprier les sommes « qu'il a reçues et se créer la faculté de disposer une troisième « fois de sa fille. »

Ces abus sont connus depuis longtemps des jurisconsultes musulmans, mais enchaînés par les hadits du Prophète, et, par son exemple, ils n'ont pu apporter à la loi qu'un faible palliatif : ils ont recommandé au père de ne marier ses enfants qu'après avoir pris leur consentement : « C'est une chose recommandable pour « le père, dit Mohammed Assem, de prendre l'avis de sa fille (1), « c'est-à-dire, ajoute le commentateur el Téoudi, d'interroger, « par une personne pour laquelle sa fille n'aurait rien de caché, « son sentiment sur le mariage projeté, parce qu'il pourrait se faire « qu'elle détestât le mari que son père lui destine ou qu'elle eût « un vice caché qui l'empêchât de se marier. » Mais cette recommandation, dépourvue de caractère obligatoire, n'a pas été suivie, au moins en Algérie, et n'a, par suite, apporté aucun changement dans la condition de la femme relativement au mariage.

**29.** En dehors du droit de djebr, tel que nous venons de le déterminer, aucune contrainte ne peut être exercée sur les époux, et le mariage n'est légalement contracté que s'ils y ont donné tous les deux un consentement formel.

(1) Traduction de Bourdens Lasalle, ch. III.

Ce consentement n'est même valable qu'autant qu'il est accordé pendant que les futurs époux sont en bonne santé, ou tout au moins alors qu'ils ne sont pas atteints d'une maladie qui met leurs jours en danger. C'est la doctrine qu'enseignent tous les auteurs et que la jurisprudence a consacrée.

Le tribunal supérieur d'Alger a rendu, le 9 novembre 1836, un jugement ainsi conçu :

La cause présentait à juger les deux questions suivantes :

1° Si, en fait, de l'enquête et de la contre-enquête auxquelles il a été procédé devant le tribunal, il résulte que la dame Zohra était atteinte de consomption au moment où elle a convolé en secondes noces avec Taieb et qu'elle soit morte de cette maladie dans le quatrième mois de son mariage;

2° Si, par voie de conséquence, la décision de medjlès rendue entre les parties doit être rapportée, et le mariage de la dame Zohra avec el Taieb doit être annulé dans ses effets civils.

Le tribunal, après en avoir délibéré :

« Considérant que presque tous les témoins déclarent qu'ils ont connu et vu la dame Zohra, soit avant son deuxième mariage, soit depuis; qu'ils affirment qu'au moment de ce second mariage ladite dame Zohra était atteinte de consomption dans un degré si avancé qu'elle pouvait à peine se soutenir; que le kadi l'ayant fait appeler devant lui, elle ne put s'y rendre que portée ou entraînée par deux femmes qui la soutenaient sous les épaules ;

« Qu'il était alors manifeste, au regard de tout le monde, que cette femme était menacée d'une mort certaine et pour ainsi dire imminente ;

« Considérant que les mêmes témoins ont tous déposé que la dame Zohra avait succombé dans le quatrième mois de son mariage avec el Taieb, et qu'elle est véritablement morte de la consomption dont elle était attaquée ;

« Considérant qu'étant ainsi justifié que la dame Zohra, quand elle a convolé avec el Taieb, était sous le coup d'une mort prochaine, le mariage qu'elle a contracté est nul, d'après le texte précis des lois musulmanes qui exigent impérieusement que l'on soit sain dans son corps pour pouvoir s'unir valablement en mariage ;

« Infirme la décision rendue en medjlès par le kadi hanafite d'Alger ; déclare nul le mariage de Zohra et de el Taieb ; dit que

ce dernier est et demeure privé de tous droits dans la succession de son épouse, etc. »

La Cour d'appel, saisie récemment de la question, l'a résolue dans le même sens par son arrêt du 28 avril 1873 :

« Attendu, porte cet arrêt, que Bel Kassem ben Sliman s'est « marié à Hadda bent Otsman le 29 octobre 1872; que la femme « Hadda était alors gravement malade, qu'elle a dû rester chez « son frère, sans pouvoir même être transportée au domicile de « son mari, et qu'elle est décédée le 10 novembre suivant des « suites de la maladie dont elle était atteinte au moment où son « mariage a été contracté; que dès lors ce mariage est nul aux « termes de la loi musulmane, et n'a pu constituer aucun droit à « Bel Kassem sur la succession de Hadda bent Otsman. »

**40.** Et lorsque les époux remplissent la condition que nous venons d'indiquer, comment donnent-ils valablement leur consentement?

En ce qui concerne le mari, le consentement est donné par lui ou son mandataire, et tout musulman remplissant les conditions de la capacité civile peut être chargé de ce mandat.

Le mari est-il majeur ? son consentement seul suffit. Est-il s'rir? il a besoin du consentement de son tuteur (1).

**41.** Quant à la femme, elle ne peut donner de consentement valable (sauf le cas où elle est orpheline et où elle est mariée par le kadi) que lorsqu'elle a atteint sa nubilité. « Lorsque d'autres « que le père, disent Mohammed Assem et son commentateur el « Téoudi (2), marient une vierge, tels qu'un frère, un oncle ou « un ouaci qui n'avait pas le droit de djebr, ils sont obligés d'at- « tendre qu'elle soit nubile. »

Il y a donc intérêt à constater si une femme est nubile ou non au moment de son mariage. On emploie pour cette constatation les mêmes moyens que pour reconnaître la puberté chez les garçons. Nous renvoyons à cet égard aux développements que nous donnons au chapitre relatif à la majorité.

Notons toutefois que le kadi de Guerfa ayant décidé par jugement du 1er juillet 1861 qu'une fille n'était nubile en Algérie qu'à dix-huit ans, sa décision fut attaquée et infirmée par arrêt du

(1) Texte, p. 7.
(2) El Téoudi, ch. III.

4 novembre 1862 portant : « Attendu qu'il n'est pas dans les ha-« bitudes des indigènes de reculer la célébration de mariage d'une « fille jusqu'à ce qu'elle ait sa dix-huitième année, âge auquel « elle a atteint depuis longtemps sa nubilité. »

**42.** La femme, soustraite à la puissance paternelle donnait son consentement chez les anciens Arabes (1). Le Prophète a fait de ce consentement, ainsi que nous l'avons vu par le hadits rapporté plus haut et par sa conduite lors du mariage de sa fille Fatma (2), une condition essentielle de la validité de l'union conjugale. C'est donc avec raison que le kadi de Médéa a, par jugement du 19 janvier 1866, déclaré qu'une femme ne pouvait plus, dès qu'elle était affranchie de l'autorité paternelle, être mariée que de son consentement, et que la Cour d'appel d'Alger a consacré le même principe par plusieurs arrêts, notamment par celui du 21 décembre 1863 : « Attendu que Kheira n'a jamais « donné son consentement, et que ce consentement était cependant « nécessaire puisque son père était mort et n'avait jamais délégué « ses droits à personne. »

**43.** La femme, suivant le rite hanafite, consent elle-même ou par un représentant spécial nommé ouali. « Le mariage d'une « fille libre, nubile et saine d'esprit, dit l'iman Abou Hanifâ, « peut avoir lieu sans l'intervention d'un ouali (3). » L'iman Mohammed a soutenu le contraire ; mais l'opinion du fondateur a été adoptée et est seule suivie, ainsi que l'atteste Mouradja d'Ohsson (4).

**44.** Dans le rite malékite et dans le rite chaféite, la femme ne peut pas donner elle-même son consentement (5). La présence du ouali est, dans ces deux rites, une condition essentielle à la validité du mariage, à tel point, dit Ibn Salamoune, « que la pré-« sence de la femme au contrat sans assistance du ouali ne ferait « pas disparaître la nullité du contrat, et ce, quand même le « ouali ratifierait ensuite le mariage.

**45.** L'institution du ouali, bien antérieure à l'islamisme, a dû

(1) Perron, *Femmes arabes*, p. 140, 141, 270.
(2) Ci-devant n° 21.
(3) Sicé, *Lois mahométanes*, p. 55 ; Hedaya, t. I, p 95.
(4) T. V, p 155.
(5) Ibn Salamoune, Mohammed Assem, el Téoudi, sidi Khalil, el Karchi, abou Chodja', p. 38 ; Aïssa ben Djaber, p. 59.

son origine à la condition d'infériorité, de dépendance faite à la femme. Mahomet conserva le principe de l'inégalité des sexes (1) et avec ce principe l'usage du ouali. Il se soumit lui-même à cet usage, notamment lors de son mariage avec Maïmouna (2) et le consacra par les deux hadits suivants : « La femme ne peut pas se marier elle-même (3). » « Ne mariez pas une femme sans ouali (4). »

Le ouali n'intervient pas seulement pour représenter la femme, pour suppléer à son incapacité; il a la faculté de cacher ses défauts ou de les dévoiler ; il débat et fixe les conditions de l'union conjugale; il est tenu de choisir à la femme un mari assorti (5). Il sert de témoin irrécusable du mariage (6) et, dans certain cas, il garantit les vices rédhibitoires des deux époux et répond de la quotité de la dot et de l'exécution du contrat. De plus, le ouali connaît, par sa position dans la famille de la femme et le caractère dont il est revêtu, les empêchements qui peuvent exister ; il se trouve ainsi chargée des fonctions que la loi française a dévolues à l'officier de l'état civil et aux personnes chargées de former opposition à mariage.

Et c'est en raison de l'importance de ces fonctions multiples que la loi musulmane a déterminé l'ordre dans lequel serait pris le ouali.

**46.** Les rites ne sont cependant pas d'accord sur cet ordre. Les Hanafites confient l'oualia aux parents aceb, suivant le rang qu'ils occupent dans les successions, et, à défaut de parents aceb, à la mère, à la sœur, aux parents du côté maternel et au kadi (7). Les Chafeïtes adoptent l'ordre suivant : le père, le père du père, le fils, le frère germain, le frère consanguin, le neveu, l'oncle, le cousin, le tuteur et enfin le kadi, excluant ainsi les femmes de l'oualia (8). Quant aux Malékites, ils admettent que les hommes seuls peuvent être ouali, mais ils suivent un ordre un peu diffé-

(1) Koran Sourate, IV, v. 38.
(2) Caussin de Perceval, *Hist. des Arabes*.
(3) Rapporté par el Téoudi.
(4) Téoudi Bokhari. Les Hanafites reconnaissent ce hadits, mais ils l'expliquent en disant que le prophète n'avait en vue que les femmes mineures.
(5) Texte, p. 9.
(6) Texte, p. 15.
(7) Hedaya, t. I, p. 102-107; Sicé, *Lois musulmanes*, p. 53 et 54.
(8) Abou Chodja', p. 39.

rent ; ils accordent le premier rang au fils de la femme (né d'un précédent mariage), le second au petit fils, le troisième au père (lorsqu'il n'y a plus de droit de djebr), puis, successivement, le germain l'emportant sur le consanguin, au frère, au neveu, à l'aïeul paternel, à l'oncle paternel, au cousin, à l'affranchi, au tuteur officieux, au kadi, et enfin à tout musulman.

Cet ordre, que nous venons d'indiquer d'après sidi Khalil (1), ne mentionne pas le ouaci privé du droit de djebr. Tous les auteurs reconnaissent cependant que le ouaci, dans ce cas, a le droit de ouali. Malek paraît avoir décidé (2) que le ouaci viendrait immédiatement après le troisième rang, qu'il aurait ainsi la préférence sur le frère et sur les ouali plus éloignés; mais cette décision n'est sans doute pas très-formelle quoique adoptée par Ibn Rouchd et par Ibn bel Kassem, car Ibn Salamoune accorde toujours la préférence au ouaci et Le Téoudiha, ainsi que Ibn Salem, ancien kadi de Cordoue, placent le ouaci et le ouali sur le même pied et recommandent de les faire assister tous les deux au mariage de la femme; quant à Sidi Khalil, il se borne à dire avec sa concision ordinaire : « En ce qui concerne la fille nubile, le ouaci est « considéré comme ouali (3). »

La jurisprudence présente sur ce point les mêmes divergences que la doctrine; disons seulement que les kadis se montrent parfois disposés à annuler des mariages contractés par un ouali en dehors du ouaci (par exemple le kadi de Blida, jugement du 12 avril 1872). La Cour d'Alger est plus favorable aux unions conjugales, et elle repousse volontiers les oppositions ou demandes en nullité formées par les ouaci (arrêts des 1er mai 1867 et 18 juin 1872), lorsque ces demandes n'ont pour cause que le défaut de consentement donné par eux.

**47.** Nous voilà fixés sur l'ordre des ouali, mais cet ordre est-il obligatoire? La femme est-elle tenue, sous peine de nullité, de se faire marier par le ouali du rang le plus rapproché?

**48.** L'iman Abou Hanifa a répondu affirmativement : « Un pa- « rent éloigné ne pourra être nommé ouali s'il en existe de plus

(1) Texte, p. 4.
(2) Mohammed Assem, el Téoudi, ch. 2.
(3) Texte, p. 4.

« proche (1); » mais la question n'a pas, chez les Hanafites, une grande importance puisque la femme peut se marier elle-même, et éviter l'intervention d'un ouali qui lui déplaît ou qui lui est hostile.

**49.** Chez les Malékites et Chaféites, où la présence du ouali est toujours nécessaire, la question a donné naissance à trois systèmes.

Le premier de ces systèmes considère les ouali comme recevant leurs pouvoirs de la loi ; il exige en conséquence, pour la validité du mariage, non-seulement la présence du ouali le plus rapproché, mais encore sa participation à l'acte. Il frappe de nullité tout mariage contracté par un ouali d'un ordre plus éloigné et refuse même au véritable ouali de valider le mariage par un consentement postérieur, quand même ce mariage aurait été consommé et que des enfants en seraient issus.

Ce système a été soutenu 1° par Ebnou 'l Hadj à propos d'un mariage contracté par un oncle, malgré l'existence d'un frère germain.

« La présence du frère n'est pas considérée comme entraînant « engagement dans l'acte contractuel, et son acquiescement au « consentement donné par l'oncle est de nul effet. Sa présence « à l'acte, puisqu'il n'y a pas participé et qu'il n'a pas donné « pouvoir d'y participer en son nom, équivaut à son absence, « c'est-à-dire à un défaut de consentement de sa part (2). »

2° Par Saïd ben Louebb dans les circonstances suivantes : « Une vierge avait été mariée par son oncle maternel, quoiqu'elle « eût un oncle paternel. Celui-ci avait eu connaissance du ma- « riage, et l'on avait pu comprendre, d'après sa conduite. qu'il « l'approuvait; seulement il n'avait pas contracté et n'avait donné « à personne pouvoir de contracter pour lui. Le mari divorça, « puis il voulut reprendre sa femme, mais le kadi annula le pre- « mier mariage et décida qu'il fallait procéder à un nouveau « mariage, et conséquemment au payement d'une nouvelle dot. « Saïd ben Louebb, consulté, justifia la décision du kadi en di- « sant que le ouali le plus rapproché, dans l'espèce l'oncle pa-

(1) Sicé, *Lois mahométanes*, p. 54.
(2) Mohammed Assem, el Téoudi, traduction de Bourdens Lasalle, ch. II.

« ternel, avait seul droit de contracter mariage, et que la ratifi-
« cation postérieure faite par le ouali n'avait aucune consé-
« quence, parce que l'acte était radicalement nul à son origine
« comme passé en dehors du seul ayant droit ou de son fondé
« de pouvoir (1). »

Et conformément à cette doctrine, le kadi de Tlemcen a rendu le 28 mars 1865 un jugement portant : « Attendu qu'il est con-
« stant que l'aïeul ou l'oncle de la fille ne pouvaient, de préfé-
« rence à son père, contracter mariage en son nom, puisqu'ils
« sont d'un degré plus éloigné que lui ; attendu que tout con-
« trat passé par un parent du degré plus éloigné est nul toutes
« les fois qu'au moment de ce contrat il est prouvé qu'il existait
« un parent plus rapproché. »

La Cour d'Alger paraît s'être rangée à cette doctrine par son arrêt du 1er mai 1867 confirmant un jugement du 27 décembre 1866 et portant « que l'orpheline Hassia devait avoir pour
« ouali, ainsi que cela a eu lieu, son frère Tahar de préférence à
« ses oncles. » Nous croyons pourtant qu'il ne faut pas exagérer la portée de cette décision. L'arrêt a eu pour but, suivant nous, de reconnaître le droit du frère choisi et non de trancher la question qui nous occupe ; ce qui nous porte à l'interpréter ainsi, c'est que, par un autre arrêt du même jour et que nous rapportons plus loin, la Cour d'Alger a reconnu à la femme le droit de constituer un ouali en dehors de l'ordre fixé par la loi.

**50.** Le second système, diamétralement opposé au premier, a été présenté par le cheik Ziad comme le tenant du fondateur du rite malékite (2). D'après ce système, on reconnaît que le droit de ouali dérive de la loi, mais on décide qu'il ne peut s'exercer qu'en vertu d'un pouvoir donné par la femme ; or, dit-on, la femme affranchie du droit de djebr est maîtresse d'elle-même, on ne peut pas la marier sans sa volonté et l'obliger à se servir d'un ouali qui peut être animé envers elle de mauvais sentiments ou qui n'est pas apte à défendre ses intérêts. Ce serait méconnaître ses droits et continuer les pouvoirs de djebr au profit de

(1) Mohammed Assem et el Téoudi, traduction de Bourdens Lasalle, ch. II.

(2) Indiqué dans le jugement rapporté ci-après du kadi de Guelma, en date du 26 janvier 1866.

parents ou d'étrangers qui ne présenteraient pas la garantie du père de famille.

Et en conséquence, on admet que la femme peut prendre indifféremment un ouali d'un degré plus rapproché ou plus éloigné, qu'elle peut conférer les pouvoirs de la marier à celui qui lui convient le mieux et en qui elle a le plus de confiance.

Ce système est enseigné par Ibn Salamoune : « L'ordre des « ouali, dit-il, n'est pas obligatoire rigoureusement, parce qu'un « des individus désignés peut être choisi à l'exclusion de celui ou « de ceux qui le précèdent (1). » Il est admis également par Ibn el Kassem, par le cheik Meiara (2), par el Kharchi et a été consacré : 1° par un jugement du kadi de la 51° circonscription de la province de Constantine, du 24 février 1865 : « Attendu que « lorsque la femme jouit de son libre arbitre, l'acte passé par un « parent plus éloigné est valable. Les auteurs disent en effet : « qu'une femme peut être mariée par un ouali étranger comme « par un proche quand elle n'est pas engagée ou qu'elle n'est à « la charge de personne. »

2° Par un jugement du kadi de Constantine du 21 août 1865, maintenant le mariage contracté par un cousin alors que la femme avait encore son oncle paternel. Cette décision a été frappée d'appel ; mais la question qui nous occupe n'ayant pas été soulevée devant la Cour, l'arrêt confirmatif du 17 mars 1866 n'a pas eu à la trancher.

3° Par un jugement du kadi de Guelma du 26 janvier 1866 dont le considérant est ainsi conçu : « Attendu que l'intervention « d'un parent éloigné, alors que la femme avait des ouali d'un « degré plus rapproché n'entache pas le contrat d'un vice qui « entraîne fatalement la nullité. »

Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour d'appel d'Alger en date du 20 août 1866.

4° Par un arrêt de la Cour d'Alger du 1er mai 1867 portant : « qu'en l'absence de tutelle ouacia, la fille Khadidja a eu le droit « de se choisir pour ouali, de préférence à son frère aîné, son « frère plus jeune, Belkassem, avec lequel elle habite, qui a donné « des soins à son enfance et qui pourvoit à ses besoins. »

(1) Cadoz, *Examen critique*, p. 141.
(2) Mohammed Assem commenté par el Téoudi, ch. II.

51. Entre ces deux opinions opposées, sidi Khalil a adopté un système intermédiaire. Il fait une distinction entre la femme de haute et celle de basse extraction. Dans le cas où la femme est de basse extraction, il valide le mariage contracté par un ouali d'un degré éloigné malgré l'existence d'un plus proche parent, pourvu que ce mariage n'ait pas eu lieu pendant que la femme était encore soumise au droit de djebr; dans le cas contraire (de haute naissance), sidi Khalil prononce la nullité du mariage ainsi contracté, à moins que ce mariage n'ait été consommé et qu'il ne dure depuis longtemps (1), c'est-à-dire d'après el Karchi, depuis le temps nécessaire pour que la femme ait pu enfanter trois fois. Mais si une seule des conditions est remplie, si le mariage a été contracté depuis un temps assez long sans avoir été consommé, il y a divergence; l'union conjugale est validée suivant les uns, et sujette à annulation d'après les autres.

Dans ce troisième système on valide le mariage contracté par le ouali plus éloigné en présence du plus proche tout en reconnaissant qu'il y a infraction à la loi, mais infraction légère n'entraînant qu'un blâme. La validité a été consacrée par deux arrêts rendus par la Cour d'Alger le 1er mai 1867, dont l'un porte : « Attendu qu'il est constant en fait que Saïd a assisté aux con- « ventions matrimoniales contre lesquelles il s'élève et les a rati- « fiées par un acquiescement au moins tacite. »

52. Ces différents systèmes peuvent facilement recevoir leur application tant qu'il n'y a qu'un ouali; mais il peut arriver qu'une femme ait plusieurs parents du même degré et que chacun d'eux veuille exercer le pouvoir de ouali; dans ce cas on en réfère au kadi, et si deux ou plusieurs ouali ont marié la même femme avec plusieurs hommes on maintiendra un de ces mariages ou on les annulera tous, conformément aux règles que nous exposerons plus loin (2).

53. Supposons maintenant que le parent le plus proche soit absent. Qui servira de ouali ? Il y a lieu de distinguer. L'absence provient-elle de ce que le plus proche parent est allé s'établir à trois jours de marche au moins du lieu habité par la femme, et

(1) Texte, p. 4 et 5.
(2) Ci-après, n° 132.

cet établissement est-il à demeure fixe ? Il faut recourir au kadi et obtenir son autorisation parce qu'il y a des constatations de fait à établir, une distance à déterminer, une question d'intention à trancher (1). D'après l'hédaya cependant, le droit passe de plein droit au ouali du degré suivant (2).

Le plus proche parent est-il prisonnier, emmené en esclavage ou bien est-il parti sans qu'on sache ce qu'il est devenu ? Le droit passe au parent de degré plus éloigné, parce que le ouali se trouve dans un état d'incapacité légale, qu'il est considéré comme n'existant pas.

**54.** Et si le plus proche parent est atteint de folie, s'il est impubère ou du sexe féminin, à qui sera dévolu le droit de ouali ? Au parent du degré suivant, parce que, dans ce cas, comme dans celui qui précède, le parent le plus rapproché est frappé d'incapacité, et qu'aux yeux de la loi, il n'existe pas.

Le débauché, au contraire, conserve la oualia parce qu'il jouit de tous ses droits civils (3).

**55.** Mais il ne suffit pas pour être ouali de se trouver au rang indiqué par la loi, il faut encore remplir les conditions suivantes : être libre (non esclave), majeur, sain d'esprit et musulman.

« Un esclave, dit l'iman Abou Hanifa, ne peut servir de ouali « à un homme libre, un infidèle à un croyant, un aliéné à une « personne saine d'esprit (4). »

Les Hanafites accordent ainsi à la femme le droit de oualia ; mais les Malékites le lui refusent, et cette doctrine a été appliquée par plusieurs décisions judiciaires, notamment :

1° Par un jugement du kadi de Constantine du 1er janvier 1865 portant : « Attendu, que le demandeur reconnaît avoir épousé la « fille el Dridi par l'intermédiaire de sa mère à elle ; que la « demande doit être déclarée nulle, et cela par la raison que la « femme ne peut donner mandat à un individu de son sexe pour « contracter mariage ; que le mariage n'est valable qu'autant que « le contrat est passé par l'intermédiaire d'un ouali du sexe mas- « culin, ainsi que cela est consigné dans l'ouvrage *Tahfet el* « *Hekkam*. »

(1) Texte, p. 5.
(2) Hedaya, t. I, p. 109.
(3) Texte, p. 5.
(4) Sicé, *Lois mahométanes*, p. 55 ; Hedaya, t. I, p. 106-107.

2° Par un arrêt de la Cour d'Alger du 28 juin 1865 confirmant le jugement précédent.

3° Par un jugement rendu le 24 octobre 1866 par le kadi de la 47ᵉ circonscription de la province d'Oran et annulant le mariage de la femme Halima Bent Ech Chérif : « Attendu, que le mariage « n'a pas eu lieu en conformité de la loi, qu'il a été contracté « par Melouka, que l'épouse Halima a été représentée par sa « mère. »

Aux conditions que nous avons indiquées, conditions désignées comme essentielles, el Téoudi, dans ses *Commentaires sur Mohammed Assem* (1), en ajoute trois autres, une également essentielle, que le ouali ne soit pas en état d'ihram (2), et deux autres facultatives, que le ouali soit juste et capable.

**56.** Quiconque remplit les conditions dont nous venons de parler a qualité pour être ouali ; mais il ne peut exercer ses fonctions, représenter la femme et consentir pour elle au mariage qu'à partir du moment où il a reçu d'elle un pouvoir.

Le pouvoir donné par la femme constitue donc un élément indispensable du consentement, et devient par suite une condition essentielle à la validité du mariage. C'est ce qu'a reconnu une jurisprudence constante, notamment, le medjlès d'Alger par un jugement du 18 novembre 1861 portant : « Au nombre des con« ditions exigées, se trouvent « le consentement de la femme et « les pouvoirs qu'elle doit donner. »

Le kadi de la 18ᵉ circonscription de Constantine, par jugement du 8 juillet 1865 : « Un mariage ne peut être reconnu lorsque la « femme n'a pas donné de procuration et que le ouali reconnaît « n'en avoir point reçu. »

Le kadi de Médéa, par un jugement conçu dans les mêmes termes rendu à la date du 27 mai 1865.

La Cour d'Alger, par plusieurs arrêts et spécialement ceux des 3 novembre 1865 et 26 mars 1866.

**57.** Le pouvoir est régulier lorsqu'il est donné devant témoins, verbalement, par écrit ou par le silence lorsqu'il s'agit d'une vierge. Et si plus tard la femme nie qu'elle ait constitué

(1) El Téoudi, ch. II.

(2) Voir l'explication de l'état d'irham et de ses conséquences dans l'introduction à la lecture du Koran traduite par Solvet, ancien président de chambre à la Cour d'Alger, p. 219 220.

un ouali et l'ait chargé de la marier, la preuve peut en être faite par témoins. — Jugement du kadi de Constantine du 20 juillet 1862; arrêt de la Cour d'Alger du 10 février 1863; jugement du kadi de Miliana du 5 avril 1866.

Cette preuve résulte même de la consommation du mariage, lorsque cette consommation n'a pas été accompagnée de fraude ou de violence : « La femme qui a volontairement consommé un « mariage, porte un jugement du kadi des Hennis du 24 novem- « bre 1871, n'est pas admise à soutenir qu'elle n'a pas donné de « pouvoir régulier. »

Mais pour éviter toute contestation, on fait généralement constater le pouvoir donné par une déclaration des témoins présents. Tel est l'acte suivant dressé par le kadi de Mostaganem le 29 août 1865 :

« Les soussignés, témoins, ont comparu devant nous, savoir : (les noms au nombre de douze),

« Lesquels ont déclaré, sur la demande faite par Ahmed Ould « Mohammed, que la nommée Yamina bent Sidi ben Taleb Sul- « taiouni, demoiselle, en âge nubile et orpheline, a donné pro- « curation à son frère el Habib ben Taleb, à l'effet de la marier « avec Ahmed ould Mohammed.

« Le présent pouvoir est régulier d'après la déclaration des « témoins. Le mandat a été accepté par ledit frère. Tous les « témoins demeurent au Slatna de Mechachils.

« Le tout fait en présence, etc. »

**58.** Ce pouvoir peut être général : « Je vous charge de me trou- « ver un mari assorti, » ou plus simplement : « Je vous constitue « mon ouali à l'effet de me marier, » ou bien désigner la personne avec laquelle le mariage doit être contracté : « Mariez-moi « à X..., moyennant telle dot. »

Mais il y a ici une distinction importante à faire. Le pouvoir indique-t-il le nom du futur et le mariage a-t-il été contracté avec lui? Le consentement de la femme est alors réputé acquis et le mariage est parfait. C'est ainsi que dans un acte de mariage dressé par le kadi d'Aïn Béida, à la date du 24 juillet 1866, nous trouvons la disposition suivante : « C'est ledit frère el Tahar, frère de Hafsia, qui

« a donné cette dernière en mariage audit Abd el Aziz, en vertu « d'une procuration qu'elle lui a donnée à cet effet, elle ayant « consenti à ce mariage, moyennant la dot ci-dessus stipulée, » et que le kadi de la 51e circonscription de la province d'Oran a rendu un jugement, le 24 février 1865, portant : « Halima « est astreinte à ce mariage, attendu qu'elle est maîtresse « d'elle-même, et qu'elle a donné sa procuration pour un « mari connu et que son ouali l'a donnée en mariage à ce der- « nier. »

Au contraire, la procuration est-elle générale et le mariage est-il contracté avec une personne qui n'avait pas été nominativement désignée ? Le mariage, dans ce cas, ne deviendra définitif que par l'approbation donnée par la femme au choix du ouali. C'est ce qu'enseigne sidi Khalil dans le passage suivant :

« Lorsqu'une femme chargera son ouali de la marier à un homme qui lui convienne, mais qu'elle ne connaît pas, le ouali devra désigner d'une manière particulière le mari qu'il aura choisi ; sinon la femme aura le droit de l'accepter ou de le refuser, même après le mariage conclu (1). »

Cette doctrine a été consacrée : 1° par un jugement du kadi de Mouzaia portant : « La femme (Zohra) a conféré ses pouvoirs à « son frère ; on s'est borné à lui demander sa procuration sans « désigner l'individu qu'on lui destinait pour mari ; elle avait « alors donné son pouvoir, mais pour être mariée à l'homme que « son cœur désirait et que sa raison agréait. Mais voilà que son « mandataire avait disposé de sa main en faveur du sieur Moussa ; « qu'elle repoussait ce mariage, ainsi qu'elle l'avait déclaré aus- « sitôt qu'on lui en avait parlé. »

Et le jugement dans son dispositif annule le mariage, se fondant sur ce que la femme Zohra n'avait pas agréé Moussa pour époux, qu'elle n'avait jamais donné de procuration pour être mariée audit Moussa et qu'elle avait protesté aussitôt qu'elle avait eu connaissance de ce mariage.

2° Par un arrêt de la Cour d'Alger du 10 février 1863, ainsi conçu : « Attendu qu'il ne résulte pas de ces faits que Zohra a « donné à son frère le pouvoir de la marier avec Ahmed ben

(1) Texte, p. 5.

« Mohammed spécialement désigné, et qu'on ne saurait admettre, en matière de droit musulman, une procuration générale qui autorise le mandataire à disposer de la mandante comme d'une chose suivant son caprice et de la livrer à qui lui conviendrait ; que dans le cas d'un pouvoir donné pour mariage, la femme qui n'est plus soumise au pouvoir paternel doit être consultée par son mandataire et ratifier son choix. »

**59.** Mais remarquons que ce droit n'existe qu'au profit de la femme ; l'homme qui a chargé un oukil de le marier n'a pas le pouvoir de refuser un mariage conclu en son nom. Sidi Khabil l'indique par ces mots : « La réciproque n'a point lieu (1). » Et il n'y avait pas lieu en effet de l'accorder, puisque le mari peut toujours par la répudiation rompre une union qui lui déplaît.

**60.** Le ouali muni d'un pouvoir général peut se choisir lui-même pour l'époux de sa mandante. Le Prophète l'a formellement autorisé par le hadits suivant rapporté par el Bokhari : « Abder Rahman ben Aouf, nommé ouali, épousa lui-même la femme qui l'avait chargée de son pouvoir. La femme se rendit auprès de Mahomet et lui demanda si ce qu'avait fait ben Aouf était permis. « Oui, répondit le Prophète, cela est permis. » Et sidi Khalil a formulé la loi en ces termes : « Si le ouali, cousin ou autre, dit à la femme : Je t'ai mariée à moi pour telle dot et que la femme consente, le mariage sera valable, quoique le ouali se soit attribué les deux rôles (2), » (celui d'époux et celui de ouali).

**61.** Le ouali n'est pas tenu de marier lui-même la femme dont il a reçu les pouvoirs ; il lui est loisible de se substituer un mandataire, mais à la condition que ce mandataire remplira les conditions exigées pour la oualia (3), c'est-à-dire qu'il sera libre, majeur, sain d'esprit, musulman et du sexe masculin.

**62.** La femme donne son consentement ou son pouvoir d'une manière différente, suivant qu'elle est vierge ou non. La distinction à cet égard a été faite par le Prophète ainsi que le constatent les hadits rapportés par el Bokhari, par Moslim et par Termidi.

(1) Texte, p. 5.
(2) Texte, p. 5.
(3) Texte, p. 5.

Et Bokhari s'exprime ainsi : « Abou Horaira a entendu dire au « Prophète : « Vous ne marierez la femme qui a été déjà mariée « qu'autant qu'elle y consentira par paroles. Vous ne marierez la « fille vierge qu'autant qu'elle donnera son adhésion, et cette « adhésion résultera de son silence. »

Et ailleurs : « Aïcha s'adressant à son mari lui dit : Mais si la vierge se tait, comment connaîtra-t-on son consentement ? Le Prophète répondit : Eh bien ! son silence vaudra consentement. »

Moslim : « La femme tseïb dispose d'elle-même, la vierge est consultée et son silence vaut consentement. »

Termidi : « Il n'y a de mariage valable pour la femme tseïb « qu'après avoir pris ses ordres, et pour la vierge qu'après l'avoir « consultée. Le consentement de la vierge, c'est son silence. »

Et cette distinction, reproduite par tous les auteurs (1), a été ainsi formulée par sidi Khalil : « La jeune fille vierge donne son « consentement par le silence, »..... la femme tseïb donne le « sien par paroles (2). »

Le silence n'est pas le seul moyen qu'ait la vierge de donner son consentement; les auteurs ont placé sur le même rang le rire ou les pleurs.

Le rire, dit Perron (3), est aussi un signe de consentement; les pleurs l'indiquent également et semblent exprimer cette pensée de la fille : « Si mon père vivait encore, je n'aurais pas besoin de cela. » Suivant l'Hédaya, les pleurs (4) doivent au contraire être considérés comme un signe de refus.

Toutefois, et pour que le silence offre toutes les garanties désirables, la loi recommande au ouali de dire à la jeune fille en présence de témoins, lorsqu'il lui apprend qu'il l'a mariée : « Si « vous consentez à ce mariage, gardez le silence ; si vous n'y con- « sentez pas. parlez (5). »

Ibn er Rouchd, Ibn Ishari, Ibn Hadjeb pensent que cette recommandation doit être faite à trois reprises différentes (6); mais

(1) Sicé, *Lois musulmanes*, p. 57.
(2) Texte, p. 5.
(3) Traduction de sidi Khalil, t. II, p. 334.
(4) Hedaya, t. I, p. 97.
(5) Hedaya, t. I, p. 104.
(6) *Commentaires de Téoudi*, ch. III.

leur opinion n'est pas très-répandue, sidi Khalil ne la mentionne même pas.

Quoi qu'il en soit, si la vierge se tait après avoir été prévenue, le mariage contracté par le ouali devient définitif (1) et elle ne sera pas admise plus tard à soutenir qu'elle ignorait que son silence équivalait à son consentement (2). « Car, dit Bahram, il est « trente cas dans lesquels on ne peut protester de l'ignorance, « et le premier de ces cas est celui où la vierge dirait qu'elle « ne savait pas que son silence valait consentement. »

**63.** Le texte des hadits distingue entre la vierge et celle qui ne l'est pas, entre la femme bikr et la femme tseïb; on pourrait donc supposer que toutes les femmes vierges donnent leur consentement par le silence : il n'en est pas ainsi. La doctrine a expliqué que les paroles du Prophète (3) ne s'appliquaient pas : 1° à la fille rachida; 2° à la fille que son père refuse de marier; 3° à celle à laquelle on veut donner pour mari un esclave ou un homme difforme; 4° à celle dont la dot constituée par le mari se compose de marchandises; 5° à l'orpheline mariée par le kadi; 6° à la femme dont le (4) ouali a dépassé les pouvoirs qu'il avait reçus.

Les vierges placées dans ces six catégories sont assimilées aux femmes tseïb et doivent, comme ces dernières, donner leur pouvoir ou leur consentement par paroles. Leur silence, leur rire ou leurs pleurs ne suffiraient pas (5).

**64.** La loi n'indique aucune formule sacramentelle; elle demande seulement, suivant l'expression de Mohammed Assem, l'articulation d'un mot indiquant clairement l'intention de contracter mariage (6).

Telle est aussi l'opinion d'Ebnou Arfa (7) : « Est valable le « consentement donné par tout ce qui exprime l'idée du mariage; »

Celle de Ibn Salamoune : « Les termes ne peuvent pas être équi- « voques; ils doivent indiquer la permanence de l'union. »

Et celle de Moukeri dans sa koullia (8) : « Toute convention

(1) Ben Sahnoun.
(2) Ibn Salamoune, cheikh Tsouli.
(3) Ibn R'azi, cheikh Tsouli, ben Sahnoun, sidi Khalil et el Kharchi.
(4) Texte, p. 5.
(5) Hedaya, t. I, p. 98.
(6, 7, 8) Mohammed Assem, traduction de Bourdens Lasalle, ch. I.

« doit être exprimée par des termes qui en rendent bien l'idée, et « non par des mots spécieux. »

**65.** Et lorsque la femme a donné son consentement, lorsqu'elle a désigné le mari qu'elle agrée, il n'est pas au pouvoir du ouali, quel que soit son degré de parenté, de lui donner un autre époux.

« Le ouali, dit le mufti Hanafite d'Alger dans une consultation « du 14 avril 1872, a le devoir d'exécuter la volonté de la « femme sur la personne du mari par elle désigné sans qu'il ait « à formuler sur ce point ni adhésion ni opposition. Si donc une « fille nubile consent à prendre pour époux un individu déter- « miné, son mariage avec lui ne peut être empêché par un parent « ou par un tuteur, quel qu'il soit. »

« La femme, porte le texte de sidi Khalil (1), a le droit d'indi- « quer sa préférence et, dans le cas de dissentiment entre la femme « et le ouali, le kadi ordonnera que le choix de la femme sera « suivi et procédera au mariage. »

Le mufti de Blida en donne le motif dans la consultation que nous avons citée : « Il n'y a pas lieu de donner à la fille un « autre époux que celui qu'elle a choisi, parce que ce choix « garantit mieux la durée du mariage et l'accord des époux que « toute désignation faite par des parents, par un tuteur ou par « le kadi. »

**66.** Mais l'articulation d'un mot est-elle toujours nécessaire pour qu'il y ait consentement?

Ce consentement ne peut-il pas se présumer et résulter d'un ensemble de circonstances?

C'est l'espèce désignée par les jurisconsultes musulmans sous le nom d'emlissia. Cette espèce est la suivante (2) : Un homme envoie demander une femme en mariage pour lui ou pour son fils; les parents de la femme accueillent favorablement la demande, mais sans donner cependant un consentement formel. Le futur envoie du heuné et des cadeaux à la femme, les voisins font entendre des cris d'allégresse et publient que tel homme s'est marié à telle femme. Puis survient un décès ou une contestation, y a-t-il mariage? Oui, suivant le rite hanafite. « L'acceptation de « la dot ou de tout autre présent entraîne le consentement de la

(1) Mohammed Assem, trad. par Bourdens Lasalle, ch. 1.
(2) Texte, p. 5.

« fille (1). » Chez les [illegible], les auteurs sont [illegible] Cherif el [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] que [illegible] une [illegible] [illegible] cadeaux [illegible] femme, [illegible] connaissance [illegible] [illegible] les [illegible] que [illegible] le mariage [illegible] ses conséquences sont [illegible] héritiers.

Et c'est ce qu'a décidé le kadi de Constantine [illegible] jugement du 16 mars 18[illegible]. Dans l'espèce, un nommé [illegible] Ahmed prétendait, que Zohra lui avait été donnée en mariage par son père, [illegible] ne pouvait pas justifier du consentement donné par [illegible] le père de Zohra était mort, mais qu'il avait donné une dot à l'occasion de son mariage, [illegible] qu'il avait envoyé du henné à sa femme, qu'à chaque fête [illegible] avait fait parvenir des cadeaux suivant l'usage du pays, qu'elle les avait reçus sachant bien qu'ils venaient de son mari, et qu'elle ne pouvait se retrancher derrière l'absence de consentement. Le kadi a, en effet, décidé que le mariage était valable et a condamné Zohra à habiter avec son mari. Zohra a interjeté appel de ce jugement; mais elle s'est désistée avant que la Cour ait statué.

D'autres jurisconsultes, notamment el Rekani, el Moukhtassa, Ebnou Ferhoun, voient dans l'enklissia de simples projets de mariage, mais non un contrat régulier, un consentement suffisamment certain, et ils pensent, en conséquence, qu'il n'y a pas de mariage, que la femme n'est pas tenue de suivre son mari, que le mari n'est pas obligé d'entretenir la femme, et que si l'un des deux meurt l'autre n'a aucun droit sur sa succession. Cette opinion nous paraît préférable à la première, puisqu'elle s'appuie sur un texte formel des hadits : la nécessité de donner le consentement par paroles. Elle a du reste été consacrée par jugement du kadi de Constantine et par un arrêt de la Cour d'Alger.

Devant le kadi de Constantine, le demandeur prétendait que el Hadj Mustapha lui avait donné sa fille en mariage moyennant une dot de 450 francs, qu'il avait envoyé à sa future une robe de tulle de soie et une somme de 40 francs pour acheter du henné,

(1) Sicé, *Lois mahométanes*, p. 58.

des dattes et des serviettes suivant l'usage suivi dans la ville de Constantine, qu'il avait envoyé en outre toutes les provisions d'après les coutumes arabes. La femme répondait qu'elle avait le droit de refuser le mariage puisqu'elle n'y avait pas consenti ni personne pour elle. Et le kadi a repoussé la demande par jugement du 24 novembre 1866 en se fondant sur ce que « le « mariage est définitif alors seulement qu'il y a consentement « donné par quelqu'un ayant autorité sur la femme ou par un « ouali qui a reçu d'elle un mandat régulier. »

La Cour d'Alger, adoptant les motifs, a confirmé le jugement par arrêt du 1er avril 1867.

**67.** Voyons maintenant à quel moment le consentement doit être donné.

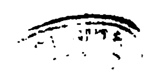
Il doit l'être, en principe, au moment où se contracte le mariage, mais ce principe souffre plusieurs exceptions. Ainsi le père pendant sa dernière maladie peut rendre le mariage obligatoire pour sa fille en disant : « Si je meurs, je marie ma fille à X..., » et ce, sans que le futur soit présent et sans qu'il prenne d'engagement (1). Le mariage, disons-nous, sera dans ce cas obligatoire pour la fille, mais pendant quel délai ? Le Moudaouana et Yahia ben Omar ont répondu : « Le mari désigné par le père pourra « réclamer la femme à quelque époque qu'il se présente. » Mais cette solution, qui reposait sur la toute-puissance de la volonté paternelle, n'a pas été adoptée par les jurisconsultes postérieurs; l'intérêt des filles et la faveur due au mariage ont fait décider que le mari devait se présenter dans l'année où il a connaissance du mariage projeté. Ben Shanoun va même plus loin : il impose au mari l'obligation de contracter mariage dans l'année qui suit la mort du père, à défaut de quoi la femme reprend sa liberté d'action, et ne peut plus être mariée que de son consentement (2).

Comme exceptions au principe que le consentement doit être donné lors de la conclusion du mariage, nous devons citer aussi les deux cas où la loi, par une disposition spéciale, autorise la ratification de l'union conjugale irrégulièrement contractée. Ces deux cas, nous les connaissons déjà, sont ceux où le mariage a

(1) Texte, p. 4.
(2) Mohammed Assem et el Téoudi, *Traité du mariage*, ch. III.

été conclu par le *negotium gestor* et par l'ouali qui a dépassé ses pouvoirs. Le père, dans la première hypothèse, la femme, dans la seconde, ont le droit d'approuver le mariage, de le rendre valable, et, par suite, de donner leur consentement après que le contrat a été passé (1).

---



## CHAPITRE III.

### CONSTITUTION DE DOT.

---

#### SOMMAIRE.

68. La constitution d'une dot était nécessaire, avant l'islamisme, pour la validité du mariage. — Caractère de cette constitution de dot.
69. Ce caractère a été maintenu par la loi musulmane.
70. L'importance de la dot n'a pas été fixée par le Prophète.
71. Son minimum. — Différence entre les rites.
72. Le minimum n'est plus admis; il est fixé par les usages locaux.
73. Il n'y a pas de maximum.
74. La dot est déterminée ou contractuelle, indéterminée ou coutumière.
75. Comment s'établit la dot coutumière.
76. Cette dot est quelquefois imposée.
77. Dot par tefouid et par tahkim.
78. La femme peut exiger que la dot soit fixée avant la consommation du mariage.
79. La dot se divise généralement en deux parties : le naqd et le kali.
80. Le naqd doit être payé avant la consommation du mariage. — Conséquences du non-payement.
81. Le kali peut n'être payé qu'après le mariage. — Conséquences du non-payement à l'époque convenue.
82. Quelles sont les choses qu'on peut constituer en dot? — Celles qui sont défendues?
83. Renvoi.

**68.** La constitution de dot (sadak ou mahr) par le mari au profit de la femme est une condition essentielle à la validité du mariage ; c'est une condition de droit étroit, dit Ibn Salamoune,

(1) Texte, p. 4 et 6.

Il en était ainsi avant l'islamisme (1). Les femmes arabes que l'on forçait de se marier sans dot s'écriaient avec indignation : « Mais « un pareil mariage est une infamie (2). » Et la loi juive flétrissait l'union sans dot du nom de stuprum (3). La dot était donc considérée avant Mahomet, dans les populations qui habitaient l'Arabie, comme la condition d'une union légitime, comme la preuve d'un mariage légalement contracté ; elle constituait de plus au profit de la femme une garantie d'indépendance, un pécule dont elle pouvait disposer.

**69.** Ces principes généraux ont été consacrés par le Prophète dans sa législation civile. La dot a été maintenue : « Assignez des dots « à vos femmes (4), » avec son caractère obligatoire : « Tout « mariage sans dot est nul (5) » et son attribution exclusive à la femme : « Si vous répudiez votre femme, ne lui ôtez pas ce « qu'elle a reçu de vous (6). »

Et les jurisconsultes ont décidé par voie d'interprétation :

1° Que la femme avait un droit acquis sur la dot dès que le mariage était conclu ;

2° Que le mari qui répudiait sa femme avant d'être nubile, avant qu'elle n'eût été conduite chez lui et qu'elle n'eût été placée sous sa puissance maritale, devait payer la moitié de la dot stipulée ;

3° Que si le mari meurt avant la consommation du mariage, les héritiers seront tenus envers la femme de la totalité de la dot.

Et par là ils ont repoussé toute pensée d'assimilation entre la dot et un prix de vente, puisqu'ils ont rendu exigible tout ou partie de la dot, alors que la chose prétendue vendue n'était pas livrée, ne pouvait et ne devait pas l'être.

**70.** Le Prophète n'a point fixé l'importance de la dot à fournir ; il a constitué au profit de sa première femme une dot de douze chameaux et au profit des autres une dot de 500 dinars (7) ; mais loin de songer à imposer l'obligation à tous les maris de payer

(1) Perron, *Femmes arabes*, p. 54 ; roman d'Antar, épisode traduite par Cherbonneau ; *Journal asiatique*, janvier 1845.
(2) Perron, *Femmes arabes*, p. 54.
(3) Sautayra et Charleville, *Code rabb.*, t. II, p. 13 et suiv.
(4) Koran Sourate, IV, v. 3.
(5) Hadits Bokhari.
(6) Koran Sourate, IV, v. 24.
(7) Caussin de Perceval, *Hist. des Arabes*.

des dots semblables, nous le voyons autoriser sa fille Fatima à accepter de Ali deux jupes, une garniture de tête, deux bracelets en argent, un coussin en cuir, deux jarres et un moulin à main (1), et reconnaître suffisante pas ses hadits la dot d'une once d'or livrée par Abd er Rhamann ben Aouf, celle d'une bague en fer constituée par Chehel ben Saad, celle d'un vêtement offert par Abdallah (2), et déclarer que le mariage est valable quoique la dot soit faible (3).

**71.** L'absence d'une règle fixe ne tarda pas cependant à donner lieu à des difficultés; les jurisconsultes durent intervenir, et ils fixèrent le minimum de la dot, savoir : les Hanafites à 10 dirhems (5 à 6 francs), et les Malékites, qui habitaient un pays plus pauvre et moins peuplé, à 3 dirhems (1 fr. 50 à 1 fr. 80.) Cette dernière fixation représente la dot qui était fournie le plus ordinairement par les maris dans la tribu de Koreïchites avant l'islamisme, et elle sert de base pour l'application de la peine de l'amputation. « Celui, dit Vincent (4), qui a volé un quart de dinar d'or, ou un « objet valant au jour du vol 3 dirhems, ou de l'argent du « poids de 3 dirhems, subit l'amputation de la main droite « quand il a volé dans un hirz (lieu de sûreté.) »

**72.** Mais ce minimum de 3 dirhems indiqué par tous les auteurs est, en fait, abandonné depuis longtemps et remplacé dans chaque localité par des usages ou coutumes qui ont force de loi.

Et par suite de ces usages ou coutumes le kadi de Tlemcen a, le 23 novembre 1864, annulé un mariage qui avait été contracté moyennant une dot de 50 francs : « Attendu, porte ce « jugement, que jamais dans ce pays il n'a existé de mariage « moyennant une dot de 50 francs, même pour une négresse, et « qu'aux termes du savant Abou'l Abbas Ahmed, on doit toujours « s'en rapporter aux usages adoptés. »

Le kadi d'Amoura a appliqué les mêmes principes le 28 novembre 1868, dans les circonstances suivantes : Abd el Kader el Bar'dadi prétendait avoir été marié à Bokta ben Amar, moyennant une dot de 1/4 de dinar. Le frère contesta le mariage en se

(1) M. Irwing, *Vie de Mahomet,* p. 63.
(2, 3) Hadits de Bokhari.
(4) *Etudes sur la loi musulmane,* législation criminelle, p. 107, Abou Chodja', p. 51; sidi Khalil, traduction Perron, t. VI, p. 70.

fondant sur ce que sa sœur ne pouvait recevoir une dot inférieure à celle qu'on donne aux femmes de sa condition. Abd el Kader déposa alors une somme de 40 francs pour la dot et affirma qu'il consacrerait le surplus à l'achat du troussean de la mariée, suivant les usages locaux, et le kadi reconnaissant que la dot offerte était conforme à la coutume, valida le mariage.

Le kadi des Attafs a également constaté, dans un jugement du 19 mars 1862, que la dot en usage dans sa circonscription, la dot coutumière, était de 243 francs. Et celui de la 43e circonscription d'Oran (jugement du 28 août 1867) que cette dot se composait de bijoux en or et en argent, d'une ceinture en soie et d'une somme de 30 francs.

**73.** Voilà le minimum. Quant au maximum, il n'y en a pas ; le Koran défend même d'en déterminer un par le verset 28 de la sourate IV ainsi conçu : « Il n'y a aucun crime de faire des con- « ventions en sus de ce que la loi prescrit. » Il n'y a pas de terme, dit Abou Chodja (1). Aussi l'histoire montre-t-elle Mosab constituer une dot de 500,000 dirhems au profit de la petite-fille d'Abou Bekr (2) .Toutefois il est blâmable, dit sidi Khalil, de porter la dot à un prix trop élevé (3).

**74.** Lorsque la dot est fixée dans le contrat, on appelle le mariage : mariage à dot déterminée ; quand le contrat ne porte pas mention de la dot, on appelle le mariage : mariage à dot indéterminée, et le montant de la dot se fixe alors d'après l'usage, ainsi que l'établissent Ebnou Arfa, el Lakmi, el Mezari, Mohammed Assem, el Téoudi, Abou Chodja.

Ebnou Arfa : « Si l'usage a fixé la valeur de la dot à payer, et « si cette dot n'a pas été déterminée dans le contrat, il est cer- « tain que le mariage ainsi conclu est un mariage à dot indéter- « minée et que, dans ce cas, la dot se fixe d'après l'usage. »

El Lakhmi et el Mezari disent aussi : « Dans ce cas il n'est « pas douteux qu'il faille considérer le mariage comme ayant été « contracté moyennant la dot fixée par l'usage ou la coutume. »

Mohammed Assem et el Téoudi rapportent les termes dont se sont servi Ebnou Arfa, el Lakhmi et el Mezari, et partagent leur

(1) Abou Chodja', traduction de Keijzer, p. 4.
(2) *Revue africaine*, t. II, p. 471.
(3) Texte, p. 6.

opinion (1). Abou Chodja s'exprime dans des termes à peu près identiques : « Le don nuptial, dit-il (2), doit être énoncé dans le « contrat, mais le mariage est valide sans cela. »

Malgré ces autorités, la jurisprudence de la Cour d'Alger frappe de nullité, comme nous le verrons ci-après, n° 148, tout acte de mariage qui n'énonce pas le montant de la dot, lorsque l'union conjugale n'a pas été consommée.

**75.** La dot fixée par l'usage ou dot coutumière ne comprend pas une somme ou une quantité d'objets égale pour toutes les femmes. « Cette dot, dit sidi Khalil (3), se proportionne à la religion, à « la beauté, à la position de la future, au pays qu'elle habite, et « à la dot reçue par sa sœur germaine ou consanguine (4). »

**76.** La dot coutumière est ainsi destinée à remplacer la dot que les époux auraient dû constituer lors de leur mariage ; elle forme même un minimum souvent imposé. Ainsi : « Le tuteur « ouaci, le kadi et le ouali, quel qu'il soit, porte le Moudaouana, « ne peuvent valablement marier une vierge ou une orpheline « pour une dot moindre que la dot proportionnée. » — Dans le cas « de cohabitation par erreur ou par violence, dit notre texte (5), « la femme a droit à la dot coutumière. » Ailleurs : « La « femme libre de sa personne n'est pas obligée d'accepter le « mariage contracté en son nom moyennant une dot inférieure à « la dot coutumière (6). » Et plus loin : « Dans les mariages par « téfouid ou par tahkim, la dot coutumière est due à défaut de « fixation (7) particulière. »

Remarquons toutefois, en ce qui concerne ces derniers mariages, que la rachida peut se contenter d'une dot inférieure, que le père peut en accepter une pour sa fille mineure, même après la célébration du mariage, et que le tuteur a le même droit, mais seulement avant que le mariage n'ait été célébré. Quant à l'orpheline, elle ne peut jamais, et personne pour elle, consentir à un

(1) Traduction de Bourdens Lasalle, ch. III.
(2) *Traité du mariage*, ch. I.
(3) Texte, p. 6 ; Mouradja d'Ohsson, t. V. p. 172 ; Sicé, *Lois mahométanes*, p. 59.
(4) Dispositions générales empruntées à la loi hébraïque ; Sautayra et Charleville, *Code rabb.*, t. II, p. 32.
(5, 6, 7) Texte, p. 4 et 7.

mariage dont la dot constituée serait moindre que celle déterminée par les coutumes locales.

77. En dehors de la dot contractuelle et de la dot coutumière, la loi musulmane reconnaît encore la dot par téfouid et par tahkim.

La dot par téfouid est celle qui doit être fixée postérieurement au contrat; elle se transforme en dot coutumière dans les cas où les époux ou leurs représentants ne parviennent pas à s'entendre sur sa fixation.

Quant à la dot par tahkim, elle se distingue de la dot par téfouid en ce que sa fixation, au lieu d'être faite par les époux, est laissée à la décision souveraine d'un tiers. A défaut par le tiers d'avoir déterminé le montant de la dot, la femme a le droit, ainsi que nous l'avons dit (n° 76), à la dot coutumière lorsque le mariage a été célébré.

78. Mais la femme, vierge ou non, a le droit d'exiger que le montant de la dot soit déterminé avant la consommation. « Le « mari, dit Malek dans le Mekarel, n'a pas le droit de consommer « le mariage tant qu'il n'a pas fixé la dot, à moins que la femme « n'y consente (1). » Si donc la femme demande que cette fixation ait lieu, le mari ne peut pas s'y refuser, et de cette fixation pourra, dans certain cas, dépendre la validité ou la nullité du mariage; il est admis, en effet, par les jurisconsultes que si le mariage a été conclu sans fixation de dot, que cette (2) fixation ait lieu postérieurement et qu'elle soit égale ou supérieure à la dot proportionnée, le mariage est valable, il est obligatoire pour les deux conjoints; et qu'au contraire si la fixation est inférieure à la dot proportionnée, la femme peut le faire dissoudre et contracter une nouvelle union.

79. La dot ainsi fixée, à quelle époque doit-elle être payée? Chez les anciens, la dot se payait intégralement avant la consommation du mariage; telle est du moins l'observation faite par Malek à ses discipline (3); mais les jurisconsultes ne trouvant rien dans le Koran, dans les hadits ni dans les règles tracées par

(1) Rapporté par el Téoudi dans son *Commentaire* sur Mohammed Assem.
(2) Mohammed Assem, el Téoudi, *Traité du mariage* traduit par Bourdens Lasalle, ch. I.
(3) Au rapport de el Téoudi.

les fondateurs des quatre rites qui fit de ce payement intégral une obligation, ont admis qu'une partie de la dot devait toujours être payée avant la consommation du mariage, et que l'autre partie pouvait être stipulée payable à terme : « L'opinion la plus juste « et la plus saine, dit à ce sujet el Téoudi, est celle qui considère « les termes de payements comme bons et les encourage même « à cause du penchant que le monde a pour eux. » Toutefois lorsque la dot est composée de choses difficiles à recouvrer, la distinction dont nous venons de parler ne paraît pas admise ; la femme, dans ce cas, porte le texte (1), peut se refuser à son mari jusqu'à ce que la dot lui ait été livrée.

**80.** La première partie de la dot s'appelle naqd et l'autre kali. La proportion entre ces deux parts est laissée à la volonté des parties ou aux usages locaux. En Algérie, le montant intégral de la dot se partage, sauf conventions contraires, en deux parties égales, ainsi que l'a constaté la Cour d'Alger par son arrêt du 20 août 1866 portant : « Considérant qu'en pays musulman la « présomption légale est qu'une partie de la dot a été payée avant « la consommation du mariage ; que d'autre part, et dans le mar'eb « et spécialement dans la partie de l'Algérie dont il s'agit (pro- « vince de Constantine), l'usage consacré doit faire admettre que « la numération des valeurs dotales a été de moitié. ».

Et c'est aussi la proportion qui paraît être admise par les Hanafites, d'après les observations de Mouradja d'Ohsson dans son *Tableau de l'empire ottoman* (2).

Le naqd doit être payé avant la consommation du mariage et tant qu'il ne l'est pas, la femme a le droit de s'opposer à toute cohabitation, à tout entretien particulier avec son mari et de refuser de se mettre en voyage avec lui. Le naqd doit en outre représenter au moins la valeur de la dot légale. « Le mari, disent Ebnou'l Has- « san et Ebnou'l Habib, ne doit pas consommer le mariage avant « d'avoir payé 1/4 de dinar ou davantage. » C'est aussi l'opinion d'Ebnou Djozeï : « En distinguant ce qui est payé comptant « de ce qui est payable à terme, on fait ce qu'il est bon de faire, « mais 1/4 de dinar doit être payé, dans tous les cas, avant la « consommation. » Ibn Salamoune dit aussi : « Le mariage sera

(1) Texte, p. 8.
(2) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 147.

« valable, mais à la condition que le mari aura préalablement « payé le minimum de la dot légale comme à-compte. » Et cette règle est encore suivie de nos jours, ainsi que cela résulte d'une consultation de Taieb ben Mokhtar, kadi des Hachem, un des savants appelés à faire partie de la commission qui a préparé le décret du 25 décembre 1866 : « Il faut toujours, dit-il dans une « consultation manuscrite qu'il nous a envoyée, qu'il y ait une « dot délivrée par le mari ; cette dot se divise en naqd et en kali, « mais le naqd ne peut jamais être inférieur à 1/4 de dinar. »

**81.** Quant au kali, il n'a pas de caractère obligatoire, il constitue une simple créance de la femme sur son mari, aussi la femme ne peut-elle se refuser à la cohabitation en prétendant que le kali est devenu exigible et qu'il ne lui a pas été payé. C'est ce qu'a jugé le kadi de Blida, le 22 novembre 1868, en condamnant la femme Khadoudja à habiter avec son mari, quoiqu'il fût constant que ce dernier lui devait encore 35 francs sur la dot stipulée dans le contrat de mariage.

Ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour d'Alger du 22 février 1869 portant : « Attendu que le mariage entre les « époux en cause est constant ; qu'il a été librement consenti, « qu'il a reçu son effet par l'habitation commune et qu'il est de « principe en droit musulman que cette habitation commune, « pour si brève qu'elle soit, constitue la consommation complète « du mariage et que la séparation est inadmissible après la cohabitation. »

Le kali est indiqué dans les contrats par ces mots : « Et le sur« plus sera payable dans les ... années qui suivront la consom« mation du mariage. » Le nombre d'années pendant lequel on peut suspendre le payement du kali n'est point déterminé exactement. Malek, le fondateur du rite malékite, a réprouvé les termes trop rapprochés et les termes trop éloignés, mais il a négligé de s'expliquer clairement sur la valeur de ces expressions ; aussi les jurisconsultes se sont-ils divisés. Mohammed Assem, Ebnou Louebb, Ebnou Echeheb ont soutenu que le kali pouvait être stipulé exigible à partir des six mois qui suivent la consommation du mariage, jusqu'à vingt ans. Ebnou'l Kassem a étendu le délai extrême jusqu'à quarante ans, Sidi Khalil jusqu'à cinquante, d'autres auteurs l'on même porté jusqu'à quatre-vingts ans ; à Alger,

le délai du payement du kali est ordinairement fixé à six ans, à Mostaganem à vingt ans. C'est le délai le plus long qu'admettent les usages suivis en Algérie. Ajoutons que les longs délais sont vus avec défaveur : « Il est blâmable, dit Sidi Khalil, de fixer l'exigibilité de la dot à une époque trop éloignée (1). »

**82.** Nous savons ce qu'est la dot légale, comment on fixe le minimum et la différence qui existe entre le naqd et le kali ; il nous reste à rechercher quels sont les objets qui peuvent servir à la constitution dotale.

Dans les premiers temps de la société hébraïque, la dot était remise à la femme et enfermée par elle dans des vases ou dans des filigranes ; plus tard la dot ne constitua plus qu'une créance sur le mari et elle dut, sous peine de nullité, être exprimée en argent, c'est-à-dire en valeur monétaire (2) ; mais chez les anciens Arabes, la dot étant livrée avant la consommation du mariage, pouvait consister en espèces d'or et d'argent, en marchandises, en effets mobiliers, en troupeaux.

Le Prophète consacra cet usage en livrant à Khadidja des chameaux en dot et en approuvant (n° 67) une dot composée d'un vêtement.

Aussi les jurisconsultes, généralisant la décision du fondateur de l'islamisme, ont-ils posé en principe qu'on pouvait valablement constituer en dot tout ce qui est susceptible d'être détenu légitimement. « Toutes les choses qui se possèdent, dit Moham-« med Assem, peuvent être données en dot à l'exception de celles « sur lesquelles il y aurait tromperie. » « Peuvent être données « en dot, dit aussi Ibnou Zarkoun, les choses dont la vente ou la « possession sont permises par la loi. »

Et par voie de conséquence les choses illicites et celles qui ne sont pas susceptibles de vente ne sauraient être constituées en dot (3). Tel serait une quantité déterminée de vin, l'engagement par le mari d'enseigner le Koran, d'aller en pèlerinage, de faire une bonne action, de donner les bénéfices qui pourront résulter d'une association, d'un commerce, d'un courtage (4).

(1) Texte, p. 7.
(2) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. II, p. 14 et 24.
(3) El Téoudi, ch. III.
(4) Texte, p. 7.

Il est également défendu de constituer en dot : 1° les choses volées lorsque le vol est connu des deux époux (1).

2° Les choses qu'on ne possède pas, comme une maison qu'on doit acheter (2).

3° Les biens éloignés, alors surtout qu'ils ne doivent être livrés qu'après la célébration du mariage, et ce, parce que leur valeur ne peut pas être contrôlée, qu'ils ne peuvent faire l'objet dans le lieu où se célèbre le mariage d'aucune transaction (3).

4° Les objets dont une partie serait donnée en dot et l'autre partie à titre de vente, parce qu'on a craint que le futur attribuant à la partie vendue la valeur de l'objet entier ne s'exonérât indirectement du payement d'une dot. Cette stipulation est cependant autorisée dans les mariages par tefouid (4).

**83.** Les explications qui précèdent nous paraissent suffisantes pour faire connaître les principes qui régissent la dot et pour expliquer les décisions que nous rappprtons au titre des nullités de mariage ; nous les compléterons lorsque nous nous occuperons dans le tome II de la dot et de son régime.

## CHAPITRE IV.

### DES EMPÊCHEMENTS A MARIAGE.

SOMMAIRE.

84. Division des empêchements relatifs, absolus, dirimants, prohibitifs.
85. Empêchements naissant 1° de la parenté, de l'allaitement, de l'adoption.
86. Qu'entend-on par allaitement?
87. Comment se prouvent la parenté et l'alliance?
88. Femmes des fils adoptifs.
89. Empêchements résultant 2° de relations illicites.
90. — — 3° de ce que la femme est mariée.
91. — — 4° de l'eudda.
92. — — 5° de la grossesse.
93. — — 6° de la répudiation définitive ou par trois.

(1, 2, 3) Texte, p. 7 et 8.

**84.** Les empêchements à mariage sont plus nombreux en droit musulman qu'en droit français, mais ils présentent les mêmes caractères ; ils sont, suivant les cas, relatifs ou absolus, prohibitifs ou dirimants (1).

**85.** Ils naissent :

1° *De la parenté, comprenant la parenté légitime et naturelle, l'alliance, la parenté de lait et l'adoption.*

Les anciens Arabes prohibaient le mariage entre le fils et la mère, entre le père et la fille, entre le neveu et ses tantes paternelles et maternelles (2); ils regardaient aussi l'union contractée avec deux sœurs en même temps ou avec une belle-mère comme un scandale ; mais l'affaissement des mœurs autorisa les mariages de ces dernières espèces et les rendit même fréquents (3). Mahomet se hâta de réprimer ces abus. « Il vous est interdit, dit-il « dans le Koran (4), d'épouser vos mères, vos filles, vos sœurs, « vos tantes paternelles et maternelles, vos nièces. N'épousez « pas non plus les filles de vos fils que vous avez engendrés. »

« Il vous est interdit, ajoute le verset, d'épouser les mères de vos « femmes, ni deux sœurs (5). » « N'épousez pas non plus, porte « un hadits, la tante et la nièce. » C'est-à-dire ne prenez pas en même temps pour épouses deux sœurs, ni la tante et la nièce. Mais l'empêchement cesse dès que la femme qui produisait l'alliance meurt ou est répudiée (6). C'est ce que constate sidi Khalil

(1) Demolombe, *Traité du mariage*, t. I.
(2) G. Sale, *Introduction à la lecture du Koran*, trad. par Solvet, p. 225.
(3) Caussin de Perceval, *Hist. des Arabes*, t. I, p. 351.
(4) Koran Sourate, V, v. 27.
(5) Koran Sourate, V, v. 27.
(6) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 160; Hédaya, t. I, p. 78, 80, 83.

en termes formels : « Il est permis de se marier avec la sœur de « sa femme, après s'être séparé de cette dernière. » Le Koran continue (1) : « N'épousez pas les femmes qui ont été les épouses de « vos pères, c'est une turpitude, une abomination. » Mais suffit-il, pour produire empêchement, que le père annonce, sans le prouver, qu'il s'est marié à une femme? Lorsqu'un père dit : « Je me suis marié à telle femme », il est louable au fils de renoncer à cette femme, quand même il n'ajouterait pas foi aux paroles de son père. Mais est-ce pour le fils une obligation? Il y a deux avis (2).

Mahomet a fixé d'autres empêchements au mariage : « N'épou- « sez pas, porte le verset 27 de la sourate IV, les filles confiées à « votre tutelle et issues de femmes avec lesquelles vous auriez « cohabité. Mais si vous n'avez pas cohabité avec les mères, « vous pouvez épouser les filles. »

Le verset ajoute : « Il vous est interdit d'épouser vos nourrices, « vos sœurs de lait. » Cette disposition a été expliquée par trois hadits, rapportés par el Bokhari. Aïcha, d'après le premier de ces hadits, a entendu le Prophète dire : « L'allaitement produit les mêmes empêchements que la parenté pour le mariage. » Suivant le second, Bel Abbas demanda au Prophète : « Pourquoi n'épousez-vous pas la fille de Hamsa? — Parce que, répondit le fondateur de l'islamisme, c'est la fille de mon père par allaitement. » Et aux termes du troisième, Ben Hareth raconte qu'un mariage était sur le point de se célébrer, lorsqu'une négresse affirma que sa maîtresse avait nourri les deux futurs. Le Prophète était présent et, sur l'affirmation de la négresse, il déclara que le mariage était défendu, et le mariage n'eut pas lieu. Ibrahim Halebi a donc pu dire avec raison dans sa Moulteka : « Le lait « donné par une femme à un enfant étranger établit entre eux « une parenté aussi sacrée que celle du sang (3). »

**86.** Mais que doit-on entendre ici par allaitement? Combien de temps faudra-t-il que l'enfant ait sucé le lait d'une femme pour produire la parenté et par suite l'empêchement à mariage?

La question se présentait en droit hébraïque. Il fut admis que la mère divorcée pourrait se refuser à allaiter l'enfant qui ne la con-

(1) Koran Sourate, IV, v. 26.
(2) Texte, p. 8.
(3) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 169-170.

naît pas encore, c'est-à-dire l'enfant qui prend le lait d'une autre femme (1). En droit musulman, les Imans sont divisés : Abou Hanifa déclare que la parenté ne peut se former que lorsque l'enfant a moins de trente jours, mais qu'alors elle s'acquiert, dès que l'enfant a sucé une goutte de lait à la mamelle, que ce soit comme nourriture ou comme remède (2). Suivant Chafeï, le nourrisson peut acquérir la parenté de lait jusqu'à ce qu'il ait deux ans, mais à la condition de prendre le sein de la nourrice au moins cinq fois différentes (3), et d'après le rite malékite, le fait par l'enfant de prendre du lait de femme, même mélangé, à titre d'aliment, produit la parenté de lait (4).

La parenté de lait a pour effet de faire considérer la nourrice comme la mère du nourrisson et le mari de la nourrice comme son père. « Toute femme qui t'a nourri, porte un hadits, ou qui a « nourri qui t'a engendré, qu'il existe ou non entre vous un in- « termédiaire, est ta mère. »

Les empêchements à mariage qui résultent de cette parenté ne sont cependant pas tout à fait aussi étendus que ceux qui proviennent d'une parenté naturelle. Suivant Abou Chodja (5), il est défendu au nourrisson de se marier avec sa nourrice et avec sa mère, sa fille, sa sœur, sa tante paternelle ou maternelle et sa nièce. Il est défendu également à la nourrice (6) de contracter mariage avec son nourrisson et ses descendants ; mais elle peut épouser les ascendants et parents en ligne collatérale de celui qu'elle a allaité. Cette opinion, appuyée sur un hadits du Prophète : « Il n'est interdit ni à ton père ni à ton frère d'épouser ta nourrice, ses filles ou ses sœurs, » est reproduite par Mohammed Assem, Ebnou Arfa, l'auteur de la Riçala, el Téoudi (7) et la plupart des auteurs malékites (8).

**87.** La parenté et l'alliance se prouvent par les mariages qui les produisent; quant à la parenté de lait, elle s'établit par l'aveu des deux époux ou du mari seul, par la déclaration de deux

(1) Sautayra et Charleville, *Eben Haezer*, t. I, p. 84.
(2) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 169 et 170.
(3) Abou-Chodja', p. 45.
(4) Ebnou arfa, el Téoudi, sidi Khalil, Perron, t. III, p 120.
(5) Traduction de Krijzer, p. 65.
(6) El Téoudi, ch. XII.
(7) *Commentaire sur le Traité de mariage de Mohammed Assem*, ch. XII.
(8) Sidi Khalil, trad. par Perron, t. III, p. 122 et 123.

hommes, par celle d'un homme et d'une femme et par celle de deux femmes. « Le lien de l'allaitement, dit el Téoudi (1), se « constate par un homme et une femme ou par deux femmes s'il « était connu avant le mariage. Mais on n'admet pas comme preuve « suffisante l'aveu de l'épouse seule. » Si la femme invoque les liens de l'allaitement et que le mari les nie, le mariage ne sera pas annulé (2). On n'admet pas non plus la déclaration d'une seule femme entendue comme témoin, quand même les faits articulés seraient de notoriété publique. Il y a cependant dans ce dernier cas divergence entre les jurisconsultes. Ibn Salamoune et Mohammed Assem pensent que lorsqu'il y a notoriété publique la déclaration d'une seule femme suffit pour établir l'existence des liens de l'allaitement. Ibn el Kassem, el Habib, le Moudaouana, sidi Khalil, le Teoudiha sont d'une opinion contraire (3).

**88.** En dehors de la parenté naturelle, de l'alliance et de la parenté de lait, il existe une parenté civile, l'*adoption*. Cette parenté, à l'origine de l'islamisme, créa un empêchement à mariage entre le père et la femme divorcée de son fils adoptif, mais le verset 37 de la sourate XXXIII, intervenu dans les circonstances qu'indique M. Kazimirski dans sa traduction du Koran, a fait disparaître cet empêchement. Ce verset dispose : « Ce n'est pas « un crime pour les croyants d'épouser les femmes de leurs fils « adoptifs après leur répudiation. »

**89.** Les empêchements à mariage naissent aussi :

2° *De relations illicites.*

D'après la Moulteka du cheikh Ibrahim, celui qui s'est oublié avec une femme ou a eu des relations avec elle ne peut pas se marier avec la fille, la mère ou la sœur de cette femme (4) et réciproquement (5). L'iman Abou Hanifa décide que l'empêchement existe par le fait de simples attouchements. L'iman Chafeï exige la cohabitation; d'après le Hédaya (6), cet iman aurait

(1) *Traité du mariage du Mohammed Assem*, ch. XII, traduit par Bourdens Lasalle, ch XII.
(2) Ibn Salamoune.
(3) *Traduction du mariage de Mohammed Assem* commenté par el Téoudi, traduction de Bourdens Lasalle, ch. XII.
(4) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 170.
(5) Hédaya, t. I, p. 81 82.
(6) T. I, p. 81.

même soutenu que les relations illicites n'entraînent aucune prohibition. Quant à Malek, il n'a point formulé nettement sa pensée sur ce point; aussi parmi ses sectateurs, les uns ont-ils soutenu que l'empêchement existait, les autres qu'il n'existait pas. Il y a divergence, dit sidi Khalil (1).

**90.** 3° *De ce que la femme est mariée.*

Toute femme mariée ne peut pas contracter une nouvelle union tant que son premier mariage subsiste : « Il vous est dé-« fendu, porte le Koran, sourate IV, v. 28, d'épouser des femmes « mariées. » Mais si deux mariages ont été conclus et que le second seul ait été consommé, ce second mariage sera-t-il valable ou bien devra-t-il être annulé comme n'ayant jamais eu d'existence légale ? C'est là une question qui a été diversement résolue par les kadis et qui trouvera sa place au chapitre des nullités, n° 132.

Il n'est même pas nécessaire que la femme soit mariée pour qu'il y ait empêchement. Nous avons vu, en effet (ci-dessus, n° 7), qu'il est défendu de demander en mariage une femme qui a été l'objet d'une demande précédente tant qu'il n'a pas été statué sur la demande primitive. Il y a cependant entre les deux cas cette différence que l'empêchement est dirimant lorsqu'on s'adresse à une femme mariée (2), tandis qu'il est simplement prohibitif lorsque la femme avait été seulement l'objet d'une demande antérieure (3).

**91.** 4° *De l'eudda.*

L'interdiction pour la femme veuve ou divorcée de se remarier pendant l'eudda est prononcée par le Koran : « Ne décidez des « liens du mariage, porte la sourate II, v. 236, que quand le « temps prescrit sera accompli (4). »

Cette disposition, malgré les termes généraux dans lesquels elle est conçue, souffre deux exceptions : l'une faite par les Hanafites seuls et portant que l'interdiction s'applique à la cohabitation, et que dès lors le mariage avec une femme en eudda est valable,

(1) Texte, p. 8.
(2) Ci-après, n° 132.
(3) N°s 6 et 7.
(4) Ci-après, n°s 241 et suivants.

pourvu que les époux n'aient entre eux de relations qu'après les délais fixés pour la retraite légale. — L'autre, commune aux quatre rites, en faveur de la femme divorcée qui s'unit de nouveau à son mari. Tous les auteurs reconnaissent que le mariage peut, dans ce cas, être valablement contracté avant l'expiration de l'eudda, et la jurisprudence l'a consacré par de nombreuses décisions, notamment par un arrêt de la Cour d'Alger du 28 février 1870.

L'empêchement résultant de l'eudda s'étend à la demande en mariage.

**92.** 5° *De la grossesse.*

Les délais de l'eudda sont augmentés en cas de grossesse; ils s'étendent jusqu'à la délivrance de la femme (1); l'empêchement que nous signalons rentre donc, en définitive, dans celui que nous avons étudié sous le numéro précédent.

Quoi qu'il en soit, le fait seul de la grossesse suffit pour constituer un empêchement à mariage. Le Prophète a dit en effet : « Que celui qui croit en Dieu et au jour du jugement se garde « d'occuper le sol ensemencé par un autre (2). Les fondateurs des quatre rites orthodoxes ont déclaré en conséquence qu'on ne pouvait ni légalement ni légitimement marier une femme enceinte (3). D'après le Hédaya (4) cependant, l'iman Hanifa et son disciple Mohammed autorisent le mariage, mais à la condition de ne le consommer qu'après la délivrance de la femme.

**93.** 6° *De la répudiation définitive ou par trois.*

Aux termes du verset 230, sourate II du Koran, si un mari répudie sa femme trois fois il ne lui est permis de la reprendre que lorsqu'elle aura épousé un autre mari, et que celui-ci l'aura répudiée à son tour. « Cette disposition, qu'on ne trouve ni dans les anciennes coutumes arabes, ni dans la loi hébraïque, a eu évidemment pour but de mettre un frein aux mariages et aux divorces indéfiniment répétés (5). Elle a par suite créé un véri-

(1) Ci-après, n° 253.
(2) Koran Sourate, II, et hadits de el Bokhari.
(3) Sicé, *Lois musulmanes*, p. 72.
(4) T. I, p. 89. (Un des fétouas rapporté par Mouradja d'Ohsson porte : Si Zeid épouse Hind, veuve en état de grossesse, son mariage est-il valide? Oui, mais à la condition qu'il ne cohabitera pas avec elle avant sa délivrance, t. VI, p. 525 )
(5) Sale, *Introduction au Koran*, trad. par Solvet, p. 250.

table empêchement à mariage entre les époux séparés trois fois par la répudiation.

Pour lever cet empêchement, il faut que la femme ait été, après son divorce, mariée à un autre mari ; mais que faut-il entendre ici par mariage ? Est-ce le consentement mutuel donné en présence de témoins, ou le mariage suivi de la célébration ? Le Koran est muet sur ce point, mais un hadits rapporté par el Bokhari comme venant d'Aïcha a fixé le sens de la loi : « Aïcha a raconté « qu'un nommé Refa s'était marié, qu'il avait répudié sa femme « trois fois, que la femme s'était remariée à un autre homme et « qu'après ce mariage la femme était venue trouver le Prophète et « lui avait dit : « Mon second mari ne consomme pas le mariage, « ne puis-je pas retourner avec mon premier mari ? Non, répondit « Mahomet, il faut que ton second mari consomme le mariage au « moins une fois avant que tu puisses de nouveau épouser ton « premier mari. »

Ce qui a fait dire à sidi Khalil : « Le mari ne pourra épouser la femme qu'il a répudiée trois fois qu'après que cette femme aura été mariée à un autre homme, et que ce mariage, non prohibé par la loi, aura été consommé (1). »

Il faut donc que le second mariage ne soit pas prohibé par la loi ; d'où la conséquence que le mariage contracté avec un homme d'un rang inférieur ou supérieur libère la femme, et, par contre, que tout mariage entaché de nullité n'est point libératoire. Si cependant la nullité était de celles qui se couvrent par la consommation, le mariage, après avoir été consommé, produirait son effet, et la femme pourrait, si elle venait à être divorcée, épouser valablement son premier mari.

Le second mariage doit en outre remplir les conditions que nous avons précédemment exposées, et notamment avoir été contracté avec le caractère de perpétuité que nous avons reconnu à l'union conjugale (n° 1).

La prohibition subsiste donc lorsque le second mari n'épouse la femme que pour la rendre permise à son premier mari (2). Mais si le second mari a épousé la femme sans arrière-pensée et que plus tard il la répudie, cette répudiation sera libératoire quand

(1) Texte, p. 9.
(2) Texte, p. 9.

même elle serait suivie d'un nouveau mariage entre les premiers époux et qu'il serait même avéré qu'elle a été prononcée pour rendre possible cette nouvelle union.

**94.** 7° *De ce que le mari a déjà quatre femmes.*

Sous les anciennes coutumes arabes, et plus tard dans le Mar'reb (1), l'homme avait le droit de prendre autant de femmes que son caprice le lui conseillait et que sa fortune lui permettait d'en nourrir. Telle était aussi la faculté concédée par la loi hébraïque (2), mais les rabbins limitèrent à quatre le nombre d'épouses qu'un homme pourrait avoir en même temps, et cette limitation fut adoptée par le Koran : « N'épousez parmi les femmes qui vous « plaisent que deux, trois ou quatre (3). » Il est donc défendu à tout individu qui a quatre femmes d'en épouser une cinquième ; c'est ce qui fait dire à Mouradja d'Ohsson : « Toute femme est défendue à un homme qui en a déjà quatre (4), » à l'Hédaya (5) : « Le nombre de quatre étant expressément nommé, tout mariage « avec un plus grand nombre de femmes est illégal, » et à sidi Khalil : « Il est défendu d'avoir cinq femmes en même « temps (6). » « Nul ne peut épouser une cinquième femme avant « d'avoir répudié la quatrième (7). »

**95.** 8° *De la différence de religion.*

En principe la différence de religion crée un empêchement à mariage. Le Koran permet cependant aux croyants d'épouser les filles de ceux qui ont reçu les écritures (8), et par là on entend les juives et les chrétiennes. L'iman Abou Hanifa a enseigné que les Sabéennes devaient participer à la même tolérance, puisque leurs pères lisaient les psaumes (9). Mais cette opinion, repoussée par les autres rites, a été combattue par les

(1) Roudh el Kartas, traduction par Beaumier, p. 149.
(2) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. I, p. 42 et suiv.
(3) Sourate, V, v. 3.
(4) T. V, p. 168.
(5) T. I, p. 88.
(6) Texte, p. 9.
(7) Texte, p. 9.
(8) Sourate, V, v. 7.
(9) C'est aussi l'opinion de Sale, *Discours sur le Koran*, p. 29 et 30; Hédaya, t. I, p. 85.

imans Abou Youssef et Mohammed et a été abandonnée ; c'est ce qu'atteste la Moulteka d'Ibrahim portant : « Il en est autrement (il « n'y a pas de défense) pour les juives et les chrétiennes dont la « croyance est fondée sur l'Ancien et le Nouveau Testament (1). » Les mariages mixtes sont donc autorisés entre des musulmans et des femmes chrétiennes ou juives, mais la réciproque n'a pas lieu : tout mariage, dit Mouradja d'Ohsson, entre des femmes mahométanes et des non-mahométans est illicite et nul (2).

Quant aux femmes idolâtres, quels que soient les objets de leur culte, le feu, les astres, les idoles, il n'est pas permis aux musulmans de les épouser. « Ne vous mariez point, dit le Koran (3), « avec des femmes idolâtres tant qu'elles n'auront pas cru. » Et réciproquement : « Ne donnez point vos filles aux idolâtres tant « qu'ils n'auront pas cru. »

**96.** 9° *De l'état d'ihram.*

Les pèlerins qui se rendent à la Mecque revêtent, avant d'entrer dans la ville sainte, le ihram, vêtement composé de deux pièces de laine dont l'une se noue autour des reins pour couvrir le milieu du corps et l'autre se jette sur les épaules (4), et pendant tout le temps qu'ils le portent ils doivent se consacrer exclusivement à l'œuvre pieuse qu'ils ont entreprise. Ils ne peuvent donc ni se marier ni servir de ouali ou de témoins. Telle est du moins la doctrine enseignée par les kalifes Omar et Ali, adoptée par Malek, par Chafeï et par Hanbal et reproduite par Sidi Khalil en ces termes : « N'est point valable le mariage qui a été contracté pendant « qu'un des époux était en état d'ihram. » Les Hanafites soutiennent au contraire que le mariage peut être contracté en tous temps et en tous lieux même pendant les jours consacrés au pèlerinage de la Mecque, alors qu'on est couvert du manteau de l'ihram ; ils s'appuient sur l'exemple du Prophète qui en était vêtu lorsqu'il épousa Maïmouna (5) et sur un hadits recueilli par el Bokhari portant : « Vous pouvez vous marier pendant le pèlerinage, pendant les « cérémonies religieuses, même lorsque vous serez à la Mecque. »

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 163.
(2) T. V, p. 167, Perron, *Femmes arabes*, p. 312.
(3) Sourate II, v. 220.
(4) G. Sale, *Introduction à la lecture du Koran*, traduction de Solvet, p. 219.
(5) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 155.

**97.** 10° *De l'état de maladie d'un des futurs.*

La loi n'entend parler que de maladies graves, de celles qui, suivant les probabilités, se termineront, dans un bref délai, par la mort. Toute maladie, quelle qu'en soit la nature ou l'origine, pourvu qu'elle soit dangereuse, produit l'empêchement. C'est ainsi que le tribunal supérieur d'Alger l'a décidé par arrêt du 9 novembre 1836 pour la phthisie pulmonaire arrivée à sa dernière période, et que la Cour l'a confirmé par un arrêt récent du 28 avril 1873. (Voir n° 39).

Les motifs de cet empêchement sont faciles à saisir. La loi n'a pas voulu qu'un des futurs, usant de séduction, se fît épouser par le malade *in extremis*, afin de se créer des droits à sa succession et de frustrer les héritiers légitimes; mais si le motif n'existe pas, si les héritiers du conjoint malade consentent au mariage, faut-il décider qu'il n'y a pas d'empêchement? Les jurisconsultes ne sont pas d'accord sur ce point; il y a divergence, dit sidi Khalil (1).

**98.** 11° *Des conditions imposées par un précédent mariage.*

Le mari peut se soumettre en se mariant à la condition de ne pas prendre une seconde femme tant qu'il restera avec la première. M. de Hammer nous apprend (2) que cette condition fut imposée par Malek Sehah lorsqu'il accorda sa fille au kalife Mohhadi, et nous l'avons trouvé reproduite dans des actes de mariage récents, notamment dans un acte dressé par le kadi d'Alger le 28 octobre 1867 portant que Ahmed restera avec sa femme sans lui donner pour compagne aucune autre épouse soit légitime, soit concubine.

Les jurisconsultes ne voient pas avec faveur des conditions de cette nature, ils déclarent même qu'elles ne sont pas obligatoires, que le mari peut par sa seule volonté les rendre nulles jusqu'au moment de la consommation du mariage; ils reconnaissent néanmoins que ces conditions deviennent valables dès que le mariage a été consommé (3) sans protestation de la part du mari. La con-

(1) Texte, p. 9.
(2) *Histoire de l'empire ottoman*, t. III, p. 17.
(3) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 175.

dition peut donc produire effet et conséquemment constituer un empêchement à mariage.

**99.** 12° *De la mésalliance.*

Pour être assorti, porte la Moulteka d'Ibrahim, le mariage doit être contracté entre des personnes ayant égalité de naissance, de religion, de condition civile, de mœurs, de fortune et d'état. Il faut, dit plus simplement sidi Khalil, qu'il y ait égalité de religion et de conduite (1), et encore, ajoute-t-il, la femme et le ouali peuvent passer sur cette dernière condition. Le mariage assorti est donc celui dans lequel il y a chez les époux égalité au point de vue de leur attachement à la religion. Et c'est, en effet, l'opinion formulée dans le Hédaya : « Ne vous mariez qu'avec « vos égaux, » et par Sufian Sevry (2) : « La religion et la vertu, « dit-il, rendent seules le mariage assorti, suivant ces paroles du « Prophète : Certes, le plus agréable d'entre vous aux yeux de « l'Éternel est celui qui a le plus de piété. » On admet, en conséquence, qu'il y a mariage assorti entre une femme chérifa et un non chérif, entre un homme de condition inférieure et une femme de condition sociale plus élevée (3).

La différence d'âge entre les époux n'empêche pas que le mariage soit assorti dans le sens de la loi. On se fonde pour l'établir sur un hadits recueilli par el Bokhari aux termes duquel Aroua ben Zabeir rapporte avoir entendu Abou Bekr objecter au Prophète qui lui demandait en mariage sa fille Aïcha : « Mais, tu es aussi âgé que moi ! — C'est vrai, répondit Mahomet, néanmoins, ta fille m'est permise. »

Mais les habitudes de l'un des époux, ses infractions continuelles aux prescriptions de la loi religieuse peuvent constituer une mésalliance. Nous avons vu dans un procès récent un ouaci refuser de marier sa pupille avec un jeune homme appartenant à une famille ancienne, et jouissant d'une grande aisance, par ce seul motif, qu'il buvait du vin et qu'il manquait à ses devoirs religieux, et le kadi de Blida a consacré par jugement du 12 avril 1872 la résistance du ouaci. La Cour d'Alger a réformé, il est vrai, la décision du premier juge, mais son arrêt motivé en

(1) Texte, p. 9.
(2) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 160.
(3) Texte, p. 9.

fait a implicitement reconnu le droit tel que nous l'établissons. Cet arrêt porte la date du 18 juin 1872, il est ainsi conçu :

« Attendu que les allégations du ouaci ne sont point justifiées, qu'il est constaté au contraire, par de nombreux témoignages émanés des indigènes les plus justement considérés de Blida, de Boufarik et des environs, que Kouider ben el Hadj (le futur) a une excellente conduite, qu'il est d'un caractère doux, qu'il ne se livre ni à la boisson ni aux jeux de hasard, qu'il ne hante pas les lieux de débauche, qu'il est sage et posé comme un adulte ayant des mœurs vertueuses ;

« Qu'il suit de là que le mariage projeté avec Kouider ben el Arbi remplit toutes les conditions voulues par la loi musulmane. »

**100.** 13° ***Des vices rédhibitoires de l'un des époux.***

Nous avons vu que le père de famille, même lorsqu'il exerçait le droit de djebr, ne pouvait pas marier sa fille sans son consentement avec un eunuque, un lépreux, un éléphantiasique. Certaines maladies ou infirmités produisent donc des empêchements à mariage : nous les indiquerons avec les détails nécessaires quand nous nous occuperons du droit d'option (n°ˢ 150 et suiv.)

**101.** 14° ***D'une demande précédente.*** (Voir ce que nous avons dit à ce sujet n° 7, ci-dessus.)

**102.** Tels sont les empêchements à mariage. La loi les a indiqués, mais elle n'a point organisé de système d'opposition à l'aide duquel ils pourraient se produire ; elle a pensé qu'eu égard à l'état social des populations auxquelles elle s'adressait, il suffisait de permettre à toutes les personnes qui connaîtraient l'existence d'empêchements de les signaler, de recommander au père de famille, au ouali et aux témoins de veiller à ce que toutes les conditions de validité fussent scrupuleusement remplies, et, dans le cas où leur surveillance serait mise en défaut, d'autoriser les époux à exercer le droit d'option et le kadi à prononcer, soit d'office, soit à la demande des parties intéressées, la nullité de toute union illégalement contractée.

# CHAPITRE V.

## FORMALITÉS RELATIVES AU MARIAGE.

---

SOMMAIRE.

103. Distinction entre la demande en mariage, sa conclusion et sa consommation.
104. Droits du futur avant la demande en mariage. — Visite de la future.
105. Le futur n'est soumis à aucune visite corporelle. — Devoirs du père et du ouali. — Option.
106. Demande en mariage.
107. Conclusion du mariage.
108. Présence de témoins nécessaire.
109. Les témoins doivent être au moins au nombre de deux.
110. Conditions requises pour être témoin. — Muet, sourd, infidèle, sexe féminin, divergence des rites.
111. Publicité du mariage.
112. Le seul consentement en présence de témoins constitue le mariage. — Objections. — Réponses.
113. Les fiançailles n'existent pas en droit musulman ; les promesses de mariage sont sans effet.
114 Mais est valable le mariage contracté qui ne sera consommé qu'à une époque ultérieure.
115. Le mariage peut être soumis à des conditions. — Distinction entre les conditions chourout et les conditions fouroud.
116. Les conditions fouroud sont de deux espèces.
117. Conditions fouroud de la première espèce. — Mariage avec une cinquième femme. — Mariage chi'rar ou par compensation. — Mariage à terme ou conditionnel.
118. Conditions fouroud de la deuxième espèce. — Mariage temporaire ou moyennant l'abandon de la puissance maritale. — La clause d'inégalité entre les femmes, etc., etc.
119. L'acte écrit n'est pas nécessaire. — Jurisprudence.
120. Ce qu'il contient. — Par qui il est dressé en Algérie. — Prescriptions particulières.
121. Formules de contrats de mariage. — Contrat par tefouïd.
122. Un seul contrat peut être dressé pour le mariage d'un homme et de deux ou plusieurs femmes.
123. Le contrat est remis aux mains de la femme. — Pourquoi ?
124. Consommation du mariage. — Dokhoul. — Bina.
125. Célébration du mariage. — Age des époux. — Maladies. — Conditions. — Serment.
126. Publicité. — Son importance juridique. — Repas de noces.

**103.** Les formalités sont différentes suivant qu'elles sont rela-

tives à la demande en mariage, à sa conclusion et à sa consommation.

**104.** Le mari a le droit, d'après tous les jurisconsultes, de regarder les mains et la figure de sa future, mais les mœurs musulmanes ne se prêtent pas à l'exercice de ce droit. Le mari ne voit en général sa femme pour la première fois que lorsqu'elle est conduite à la chambre nuptiale (1). Aussi, avant une demande régulière, le futur ou son représentant entre-t-il en pourparlers avec le père ou le ouali de la femme et s'entend-il avec lui sur les conditions du contrat et sur le montant de la dot; ces préliminaires accomplis, le futur envoie sa mère, sa sœur ou une matrone pour examiner la future, et ce n'est que sur le rapport qui lui en est fait qu'il se décide à formuler sa demande.

Cette visite d'une parente ou d'une matrone, consignée dans tous les ouvrages qui traitent de la vie intime des musulmans, crée une présomption légale dont nous verrons les effets en traitant de l'option (2). Disons, dès à présent, que cette visite a pour but de s'assurer des qualités physiques de la future. Voici, en effet, le rapport d'une matrone tel qu'il résulte d'une déclaration faite devant le tribunal correctionnel d'Alger, par la femme Ouzala ben Adjemia, à l'audience du 3 mai 1870 :

« J'avais été chargée, a-t-elle dit, d'aller voir la fille de Mo-
« hammed ben Hamdani, avec laquelle ben Azoui ben Kouider
« devait se marier. Je l'examinai et fis mon rapport en ces termes :
« Cette femme est bien conformée; elle me paraît constituée de
« manière à donner des enfants à son mari. »

**105.** Le futur n'est soumis à aucune visite du même genre; mais le père de la femme ou le ouali sont chargés de constater par eux-mêmes que le mari n'a aucune des infirmités qui constituent un vice rédhibitoire, et s'ils manquent à ce devoir, la femme peut refuser le mariage en vertu du droit d'option.

**106.** La demande est faite par l'un ou l'autre des époux ou leurs représentants; elle n'est assujettie à aucune forme particulière, elle n'entraîne aucune formalité : « Je vous demande votre

(1) Perron, *Femmes arabes*, p. 525-530; *Topographie d'Alger*, par Fray Diego de Haëdo, publiée par la *Revue africaine*, mars 1871.
(2) N°s 150 et suiv.

fille en mariage..... Voulez-vous épouser Aïcha bent.. . dont je suis le ouali. »

Sidi Khalil recommande de faire cette demande en particulier, sans témoins, sans publicité, comme cela se pratiquait avant l'islamisme (1). El Téoudi pense, de son côté, qu'il est désirable que la demande ait lieu le jour plus spécialement consacré au service divin, le vendredi; mais ce ne sont là que de simples conseils dépourvus de toute sanction et qui dès lors ne font pas partie du domaine du droit.

**107**. Si la demande est agréée, on procède à la conclusion du mariage, ce qui a lieu par la déclaration des deux époux ou de leurs représentants, en présence de témoins, qu'ils entendent s'unir par les liens du mariage. « Le mariage, dit Mouradja d'Ohsson (2), est un acte purement civil qui devient valide par la seule articulation des mots : Je me marie à toi, je t'épouse. » Il se contracte légalement, ajoute l'Hédaya (3), par une demande et une réponse : c'est-à-dire, porte l'avis du medjelès de Miliana du 22 mai 1866, par le consentement mutuel donné par les époux ou en leur nom.

Ce consentement n'est soumis, ainsi que nous l'avons vu (4), à aucune formalité sacramentelle; il suffit que les mots dont on se sert pour l'exprimer indiquent clairement de la part des contractants l'intention de se marier. Ainsi, qu'un père dise au futur : « Je vous donne ma fille Aïcha en mariage moyennant telle dot et que le futur réponde : Je consens; — ou bien qu'un homme s'adressant à un ouali : Je vous demande Fathma bent..... en mariage moyennant telle dot, et que le ouali accepte; dans un cas comme dans l'autre, le mariage est conclu. Il en est de même, d'après Ibn el Hadjeb, si un des conjoints dit : Épouse-moi, et que l'autre réponde : Je l'ai fait; ou encore, suivant l'el Djoher, commentaire de sidi Khalil, si l'homme dit au ouali : « Marie-moi à Aïcha, et que le ouali réponde : C'est fait. »

La Cour d'Alger a donc fait une saine application de la loi en validant un mariage par son arrêt du 3 octobre 1870 par ce motif :

(1) Perron, *Femmes arabes*, p. 525-530-226.
(2) T. V, p. 145-147.
(3) V. aussi Sicé, *Lois mahométanes*, p, 50; Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 145; abou Chodja, p. 38.
(4) N° 62.

« que l'accord des parties à un certain moment ne peut être con-
« testé, qu'il paraît même qu'il a été accompagné de diverses
« formalités qui lui ont donné une certaine solennité;

« Que dès lors il y a eu mariage. »

**108.** La présence de témoins est exigée par les diverses rites. Le seul dissentiment qui se soit produit à ce sujet est relatif au moment où cette présence est nécessaire. Les Hanafites et les Chaféites exigent que les témoins assistent à la conclusion du mariage (1).

Les Malékites pensent qu'il leur suffit d'être présents à la consommation (2).

**109.** Les témoins exigés sont au nombre de deux. C'est la règle générale posée dans le Koran (3) : Appelez deux témoins. » Une exception fut faite à ce principe par le Prophète dans une affaire qui le concernait. Mahomet déclara que la seule déposition de Khozeïma était suffisante. » On la reconnut telle en effet, mais pour éviter qu'on y vît une dérogation à la loi, on appela Khozeïma « l'homme au double témoignage (4). »

Deux témoins sont donc nécessaires; sidi Khalil le constate en disant : Deux témoins assisteront à l'union conjugale (5) ; et plus loin : Si un homme réclame une femme comme étant mariée à lui, on exigera qu'il produise deux témoins de son mariage.

La jurisprudence a consacré la nécessité de la présence de deux témoins par plusieurs décisions, notamment la Cour d'Alger par un arrêt du 30 décembre 1862 portant :

« Attendu que la déposition du frère de la fille Baya, l'unique
« qui paraît avoir été reçue par le kadi, est insuffisante toute
« seule, en dehors d'autres témoignages probants pour établir
« la réalité du mariage allégué. »

Et le kadi de la 31e circonscription judiciaire d'Alger par un jugement du mois de décembre 1871 ainsi conçu :

« Attendu que parmi les témoins produits un seul, el Hadj Aïssa,

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 146.
(2) Malek, Mohammed Assem, el Téoudi.
(3) Sourate II, v. 282.
(4) Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, trad. de Slane, p. 262, note.
(5) Texte, p. 10.

« n'a pas été récusé, et que cette déposition seule ne suffit pas « pour établir que le mariage a eu lieu ; car, aux termes de la « loi, il faut deux témoins probes pour justifier l'existence de « l'union conjugale. »

**110.** Pour pouvoir être témoin, il faut être libre, majeur, sain d'esprit et musulman (1). Tous ceux qui remplissent ces conditions peuvent être appelés en témoignage, quand même ils seraient accusés d'un crime, qu'ils auraient reçu la discipline pour avoir dit des injures (2), qu'ils devraient la naissance à un mariage illégitime, qu'ils seraient parents ou ascendants de l'un des époux (3). Sidi Khalil se borne à exiger que les deux témoins soient irrécusables par leur probité; et c'est suffisant, car pour remplir les fonctions de témoins, dit M. de Slane dans sa traduction des prolégomènes d'Ibn Khaldoun, on doit être d'une intégrité bien reconnue et s'acquitter fidèlement des devoirs de la religion (4).

Le sourd ne peut pas servir de témoin, l'aveugle ne le peut que dans le rite hanafite (5). Les infidèles sont admis comme témoins d'une femme infidèle, mais non d'une femme musulmane ; et encore, quand un musulman se marie à une zimmia (chrétienne ou juive), un seul des deux témoins peut être infidèle (6). En ce qui concerne les femmes, les Hanafites et les Chaféites s'appuyant sur le texte formel du Koran (7) : « Si vous ne « trouvez pas deux hommes, apppelez-en un seul et deux femmes « parmi les personnes habiles à témoigner, » valident les mariages contractés en présence d'un homme et deux femmes; les Malékites exigent au contraire que les témoins soient tous deux du sexe masculin, le verset que nous venons de rapporter ne s'appliquant, suivant eux, que lorsqu'il s'agit de grossesse, d'accouchement, de faits concernant une femme, de procédure criminelle et d'obligations.

**111.** Bien que la loi n'exige pour la validité du mariage que

(1) Abou Hanifa ; Sicé, *Lois mahométanes*, p. 50 ; Hedaya, t. I, p. 74.
(2) D'après Sicé, l'iman Chaffeï repousse ces deux sortes de témoins.
(3) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 145.
(4) P. 72, note.
(5) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 145.
(6) L'iman abou Hanifa admet cependant que le mariage avec une *zimmia* peut être célébré en présence de deux témoins zimmii : Sicé, p 60.
(7) Sourate II, v. 282.

la présence de deux témoins et que les califes aient donné l'exemple de mariages ainsi contractés (1), il est rare qu'une union conjugale ait lieu avec une publicité aussi restreinte et sans la moindre solennité. Dans l'intérieur de l'Algérie, on appelle en témoignage tout ou partie du douar habité par les futurs ; et, dans les villes, il est d'usage que les représentants des époux, lorsqu'ils sont tombés d'accord, se réunissent au jour fixé entre eux dans une mosquée avec les parents et les amis des deux familles ; ils se font assister de deux témoins jurés et déclarent devant l'assemblée qu'ils agissent de leur propre volonté, sans contrainte, et qu'ils marient Hasna, fille de...... à Mohammed, fils de...... Le représentant de la future énonce les conventions arrêtées, le montant de la dot, la partie payée comptant, celle qui n'est exigible qu'à terme. Le père ou le représentant du futur déclare accepter ces conditions, et la cérémonie se termine par une prière en faveur des époux. A Constantine et au Maroc, on ajoute la lecture du Fatiha, premier chapitre du Koran (2). A Constantinople, la cérémonie a généralement lieu dans une mosquée en présence de l'iman ; les époux n'y assistent pas (3).

**112.** Mais le seul consentement donné en présence de témoins constitue-t-il réellement le mariage ? M. Bourdens Lasalle, dans ses notes sur le traité de Mohammed Assem, ne le pense pas. Il considère le contrat qui intervient alors comme un contrat de fiançailles, et la Cour d'Alger a paru se ranger à cette opinion dans quelques-uns de ses arrêts, notamment dans celui du 11 juin 1862 portant « que les promesses de mariage ne sauraient être obligatoires, en ce sens que le mariage doive forcément s'ensuivre, » et dans ceux des 16 et 30 juillet 1866 et 17 avril 1867.

A l'appui de ce système, on peut dire : Le contrat qui se passe en présence de témoins n'établit pas entre les parties de lien définitif. Chacun des contractants paraît avoir, d'après la jurisprudence, le droit d'y renoncer. De plus, les droits et devoirs des époux, c'est-à-dire l'obligation pour le mari de nourrir

(1) Perron, *Femmes arabes*, p. 567.
(2) El Téoudi, *Commentaires sur Mohammed Assem*, traduction de Bourdens Lasalle ; Mémoire de Moustapha ben Sadat, ancien kadi.
(3) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 146.

et entretenir sa femme, et pour la femme de suivre son mari et d'habiter avec lui, ne courent pas à partir de ce contrat, mais à compter de la célébration ou consommation du mariage. Enfin si ce contrat constituait le mariage, la femme, aux termes même du Koran (1), ne pourrait pas être épousée par un autre mari avant sa dissolution. Or, la jurisprudence constante de la Cour d'Alger admet que la femme qui a été mariée successivement à deux maris et qui consomme le mariage avec le second en date devient l'épouse légitime de ce dernier, et que son mariage antérieur est considéré comme nul et non avenu (2).

Ces considérations ne nous paraissent pas déterminantes.

Quelques décisions judiciaires ont admis, nous le savons, qu'un mari avait, en fait, renoncé à un mariage qu'il avait précédemment conclu, mais il est indispensable pour apprécier le caractère de cette renonciation de se reporter aux circonstances dans lesquelles les décisions auxquelles nous faisons allusion sont intervenues.

Dans toutes les espèces soumises aux tribunaux, le mari soutenait qu'il avait été marié à une époque déjà éloignée avec une femme qui était sur le point de contracter ou qui avait contracté une nouvelle union ; il déclarait s'opposer à l'union projetée, et demandait que la femme fût reconnue son épouse légitime et fût contrainte d'habiter avec lui. La femme alors arguait de ce que le demandeur avait renoncé à ce mariage ; qu'elle avait accepté cette renonciation, et par suite qu'elle avait repris sa liberté, et elle produisait des témoins pour justifier ce double fait. Et chaque fois que la preuve a été fournie, les kadis (3), comme la Cour d'Alger (4), ont repoussé le premier mari et admis la renonciation ; mais, dans ces conditions, la renonciation est un contrat synallagmatique, une véritable dissolution de mariage par consentement mutuel.

Et c'est là, en effet, ce qui résulte des termes mêmes des décisions judiciaires qu'on pourrait invoquer.

« Lesquels témoins, porte le jugement du kadi de la 3e cir-

(1) Sourate IV, v. 28.
(2) Arrêt du 29 juillet 1862.
(3) Notamment le kadi de la 3e circonscription de Constantine, 10 mai 1865, kadi de la 4e circonscription, 8 janvier 1866.
(4) Arrêts des 29 juillet 1862, 19 décembre 1869, 1er septembre 1866.

conscription de Constantine du 10 mai 1865, après avoir été de ce requis, ont déclaré et attesté que le demandeur avait reconnu en leur présence s'être désisté de ses prétentions sur la défenderesse et avoir renoncé à l'épouser. Et attendu que la défenderesse a renoncé également à son mariage avec le demandeur, qu'elle a repris toute sa liberté et qu'elle a pu légalement former une nouvelle union, déboute le demandeur. »

L'arrêt de la Cour du 29 juillet 1862, quoique moins explicite dans les termes, constate aussi en fait le consentement des deux parties : « Attendu, dit-il, que des faits et documents de la cause « il apparaît que si la promesse dont s'agit (c'est mariage qu'il « fallait dire) a eu lieu, l'intimé a renoncé plus tard à s'en pré- « valoir ; qu'on ne saurait expliquer autrement que lors du ma- « riage de l'appelante avec Abassi, non-seulement l'intimé n'ait « élevé aucune réclamation, mais que, invité à la noce, il y ait « assisté. »

La renonciation dans les conditions où elle s'est constamment produite et où elle a été accueillie par la jurisprudence n'établit donc nullement que le mariage a besoin d'être consommé pour produire ses effets.

Mais, dit-on, la preuve irrécusable que le mariage n'est valable que par sa consommation résulte de ce fait, que les droits et devoirs des époux ne commencent qu'à cette époque, alors que la femme est passée sous la puissance de son mari ; nous répondons : que le droit musulman a maintenu la distinction établie par la loi hébraïque (1) entre la conclusion du mariage et sa consommation, qu'il a attaché à ces deux actes des effets différents, et que, s'il est vrai que les droits et devoirs ne datent pour les époux que du moment où la femme a été conduite chez son mari, le fait seul de la conclusion du mariage, du consentement régulièrement donné crée l'alliance et les prohibitions qui en résultent, qu'il fixe les droits de la femme sur la dot et donne ouverture aux droits de succession entre époux. Si donc le mari meurt après le contrat, mais avant d'avoir consommé le mariage, la femme pourra réclamer sa dot intégralement et la part fixée par le Koran dans la succession de son mari. C'est là, en effet, ce qu'ont expliqué tous les

(1) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. I, p. 161.

jurisconsultes, notamment Ibn Salamoune, Mohammed Assem, sidi Khalil, el Téoudi (1), el Karchi, et ce qu'ont reconnu le kadi de la 30e circonscription de Constantine par jugement du 12 septembre 1861, la Cour d'Alger par arrêt du 30 juillet 1862, et le kadi de la 34e circonscription d'Alger par jugement du 12 octobre 1866. La Cour d'Alger est revenue, il est vrai, sur la jurisprudence par elle consacrée ; elle a rendu, à la date du 17 avril 1867, un arrêt portant « que l'on ne conçoit pas que, quelque régulier « que puisse être au regard de la loi musulmane une promesse « de mariage, cette promesse puisse conférer un droit de reprise « dotale et une part héréditaire dans la succession de son fiancé « à la femme qui ne peut justifier de la consommation du ma- « riage. » Mais cet arrêt, transformant un mariage en simple promesse et procédant par voie d'affirmation sans preuve, ne nous paraît pas suffisant pour établir une doctrine diamétralement opposée à celle que, depuis l'islamisme, tous les auteurs musulmans ont constamment enseignée.

Quant à la jurisprudence qui valide un second mariage avant la dissolution du premier, elle s'explique et se justifie par ce fait, que les deux mariages ne se trouvent pas dans des conditions semblables : l'un, le premier, ordinairement imposé par le droit de djebr, est toujours resté inconnu au moins à l'un des époux, tandis que le second a été consommé, que la femme a été conduite chez son mari, que des enfants sont nés de cette union, et dès lors on conçoit que la Cour d'Alger, s'inspirant des principes de la morale universelle (2), soit allée plus loin que les jurisconsultes musulmans, qu'elle ait établi en principe que le second mariage devait, toutes les fois qu'il avait été consommé, être maintenu à l'encontre d'un mariage antérieur non suivi de cohabitation. (Voir ci-après, n° 132.) Mais est-ce à dire pour cela que la déclaration faite devant témoins que tel homme et telle femme sont unis par le mariage constitue un simple contrat de fiançailles? Assurément non.

**113.** Les fiançailles, au surplus, ne se trouvent ni dans les an-

(1) *Traité du mariage*, ch. Ier. « L'acte contractuel, dit Bourdens Lasalle dans sa note 14, est attributif de successibilité. »
(2) Arrêt du 30 juillet 1862.

ciennes (1) coutumes arabes ni dans la loi hébraïque (2) ; elles n'ont point été établies par le Koran, ni par les hadits, elles n'ont pas été pratiquées par les califes (3), elles ne sont mentionnées par aucun jurisconsulte, elles n'existent donc pas en droit musulman, et la Cour d'Alger l'a reconnu et constaté dans son arrêt de principe du 30 octobre 1862 : « Attendu qu'il n'existe en droit « musulman aucune différence entre les fiançailles et le mariage. »

Il faut même aller plus loin et dire que les fiançailles ou promesses de mariage sont sévèrement interdites par la doctrine et la jurisprudence musulmanes. Et en effet le moudaouana porte (4) : « Si un homme dit à une femme : Dans deux mois je me marierai avec vous, la promesse sera nulle, quand même elle aurait été acceptée par la femme. » Ali el Hassan, el Hattab, el Lakmi s'expriment dans les mêmes termes. El Bounani, un commentateur de sidi Khalil, a donc pu poser en principe que : « le mariage promis est nul, » et c'est en vertu de cette disposition que le kadi des Attafs a, par jugement du 19 mars 1862, débouté de sa demande un indigène qui réclamait l'accomplissement d'une promesse de mariage qu'il prétendait lui avoir été faite ; que le kadi de la 90[e] circonscription a rendu le 5 mai 1864 une décision portant : « Attendu que les faits allégués par Chouchan, alors même qu'ils seraient exacts, ne pourraient constituer qu'une promesse, un préliminaire de mariage, mais ne pourraient dans aucun cas tenir lieu du mariage lui-même ; que le kadi de Collo, s'appuyant sur le texte de Ibn el Hadjeb : « Toutes promesses faites sans écrit et sans condition de dot sont nulles, » a, par jugement du 14 décembre 1864, annulé une promesse que le demandeur voulait faire considérer comme un mariage légalement contracté.

**114.** Toutefois il ne faut pas confondre la promesse de mariage proscrite par la loi avec la stipulation que les époux ne consommeront le mariage qu'à une époque ou dans un délai déterminé.

Cette stipulation n'empêche pas que le mariage ne subsiste dès

(1) Perron, *Femmes arabes*, p. 62-103-107-109.
(2) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. I, p. 106.
(3) Perron, *Femmes arabes*, p. 567.
(4) Ouvrage de jurisprudence fort estimé, souvent cité par sidi Khalil.

qu'il a été contracté, qu'il ne produise l'alliance et ne donne ouverture aux droits de succession; elle constitue seulement une condition relative à l'exécution du contrat, aussi est-elle parfaitement valable. On la trouve insérée dans la plupart des actes de mariage, elle l'est toujours dans ceux où les époux sont mariés avant d'avoir atteint l'âge nubile. Ainsi un jugement du kadi d'Aïn Bessem et l'arrêt de la Cour d'Alger du 18 mai 1868, constatent que Messaoud ben Ali et Aïn Makla ont été mariés par leurs pères à l'âge d'un an, sous la condition que la consommation ne se réaliserait que dans quinze ans.

**115.** La loi permet aussi de soumettre le mariage à des conditions particulières. Mais il ne faudrait pas se hâter de conclure que toutes les conditions sont légales, qu'elles sont toutes autorisées et qu'il suffit de les insérer dans le contrat pour pouvoir en réclamer l'exécution.

Les seules conditions permises, les seules du moins qui produisent effet, sont celles désignées sous le nom de chourout et qui ont trait à des intérêts privés. Telles sont les stipulations en vertu desquelles le mari s'engage à ne pas s'absenter du domicile conjugal pendant un certain temps, à habiter soit un lieu déterminé, soit avec les parents de sa femme, à ne pas changer de domicile sans l'assentiment de sa femme, à laisser sa femme recevoir quand elle voudra les visites de ses parents, à nourrir les enfants que la femme a eus d'un premier lit, à ne pas prendre une seconde épouse tant qu'il conservera la première, etc. L'inexécution de ces conditions donne à la femme le droit de demander et d'obtenir le divorce (1).

**116.** Quant aux conditions contraires aux préceptes du Koran, fouroud, à celles qui intéressent l'ordre public, elles sont rigoureusement défendues, mais elles ne produisent cependant pas toujours les mêmes effets. Les conditions s'attaquent-elles à l'essence même du mariage? elles entraînent sa nullité avant comme après sa consommation; tendent-elles seulement à modifier les effets légaux de l'union conjugale? elles donnent aux parties contractantes le droit de faire annuler le mariage tant qu'il n'est pas consommé; mais lorsque la consommation a eu lieu, ces condi-

(1) Texte, p. 29, et ci-après, n° 311.

tions sont considérées comme nulles et non avenues et le mariage subsiste comme si ces conditions n'existaient pas.

**117.** Appartiennent à la première espèce des conditions fouroud celles en vertu desquelles un homme épouserait une parente à un degré prohibé, une cinquième femme, une femme en eudda, une femme enceinte, etc., celles à la suite desquelles un mariage serait contracté par chirar ou à terme. Le mariage chirar ou par compensation est celui qui est conclu avec cette condition : « Je te donne ma fille ou ma sœur en mariage, moyennant telle « dot, à condition que tu me marieras pour la même dot à ta fille « ou à ta sœur. » L'égalité de la dot est ordinairement indiquée dans les mariages de cette nature, mais elle n'est pas l'essence du chirar. Le mariage est en effet réputé par compensation, quoique la dot accordée à chaque femme soit différente ou qu'il n'y ait de dot fixée que pour l'une d'elles (1).

Les Hanafites considèrent le mariage chirar comme parfaitement valable (2). Les Chaféites et les Malékites le repoussent au contraire comme ayant été défendu par le Prophète, aux termes d'un hadits rapporté par el Bokhari : « Un mariage sans dot est « nul, quand même les deux frères se seraient donnés mutuelle- « ment leur fille en mariage. » Sidi Khalil est donc un fidèle interprète de ces deux rites lorsqu'il dit : « Tout mariage chirar est nul. »

Malgré cette défense, le mariage par compensation s'est perpétué dans quelques pays musulmans soumis au rite malékite, nous le retrouvons en usage dans les environs de Constantine, d'Aumale et d'Orléansville. « Le mari, porte un jugement rendu le 3 septembre 1865 par le kadi de la 2e circonscription de Constantine, déclare n'avoir point payé la dot qu'il devait à sa femme parce que, depuis son mariage, il avait marié sa sœur avec le frère de sa femme et qu'aucune des parties n'avait rien reçu de l'autre, selon les usages en vigueur dans les tribus, usages connus sous le nom de : kassa fi kassa. »

Le kadi d'Aumale, par jugement du 13 décembre 1867, constate que les mêmes usages sont suivis dans sa circonscription, et celui de Chachoua, cercle d'Orléansville, en fait autant pour la

(1) Texte, p. 11.
(2) Hedaya, t. I, p. 130.

sienne. Le mariage, porte son jugement du 16 mai 1872, a été contracté entre les époux dénommés à titre chirar.

Le mariage à terme ou conditionnel : Je me marierai avec vous dans trois mois, — si tel fait se présente, si telle circonstance se réalise, était fort employé dans la législation hébraïque (1) ; mais il n'apparaît pas des documents que nous avons pu consulter que ce mariage ait été admis dans les coutumes des anciens Arabes. Dans tous les cas, la législation musulmane l'a proscrit comme ne constituant qu'une promesse de mariage. Sidi Khalil déclare nul l'engagement pris par l'homme de se marier dans un délai, tel qu'un mois, et l'Hedaya reconnaît qu'il n'est pas prudent, quand on parle la langue arabe, d'employer l'indicatif présent, parce que le présent et le futur s'expriment de la même manière, et, par suite, que le mariage par parole de présent prête à l'équivoque ; il recommande en conséquence, pour éviter toute difficulté, d'employer le prétérit : « Je me suis marié, j'ai épousé, j'ai consenti (2). »

Et par application de ce principe, le kadi de la vingtième circonscription de Constantine a, par jugement du 7 janvier 1863, confirmé par arrêt de la Cour d'Alger, déclaré nul le mariage dont excipait Chérif el Lakdar, parce que ce mariage avait été conclu à terme par paroles de futur : Je me marierai.

**118.** Sont rangés dans la deuxième espèce des conditions fouroud, parmi celles qui permettent de faire annuler le mariage avant sa consommation, mais qui sont considérées comme inexistantes lorsque le mariage est consommé, les stipulations en vertu desquelles les époux dérogeraient à l'ordre des successions, le mari renoncerait à la puissance paternelle ou à la répudiation, la femme dispenserait son mari de subvenir à son entretien (3), et encore celles par lesquelles le mari ne partagerait pas également ses nuits entre ses femmes, ou abandonnerait à un tiers l'autorité maritale (4).

La condition qui limiterait la durée du mariage à un temps déterminé rentre aussi dans cette seconde catégorie. Le mariage

(1) Sautayra et Charleville, *Eben Haezer*, t. I, p. 131 et suiv.
(2) T. I, p. 72.
(3) Ibn Salamoune.
(4) Texte, p. 12.

pour un certain laps de temps, ou mariage temporaire, était admis dans les coutumes antéislamiques (1) ; il était partiqué également par les juifs (2) au commencement de l'ère chrétienne. Mahomet le défendit trois jours après son entrée à la Mecque, comme contraire aux principes de l'islamisme (3). Un hadits recueilli par el Bokhari porte en effet : « Ne vous mariez ni pour quelque temps ni pour quelques jours. » Sidi Khalil a donc pu écrire avec raison : Doit être annulé le mariage temporaire (4).

**119.** Le mariage résultant du seul consentement donné en présence de témoins n'a pas besoin, pour être valable, d'être constaté par écrit : c'est ce qui est reconnu par tous les auteurs, sidi Khalil entre autres, et par une jurisprudence constante : « La « loi, porte un jugement du kadi de Guelma du 26 janvier 1866, « n'impose pas pour condition essentielle de la validité du mariage « l'obligation de passer le contrat devant le kadi ; son existence « peut être établie d'une manière certaine par deux témoins. »

« Attendu, dit l'arrêt de la Cour d'Alger du 30 octobre 1862, « que les seules formalités du mariage consistent dans la stipu- « lation écrite ou même verbale entre le représentant de la future « épouse et le futur époux et dans la fixation de la dot à payer à « la femme par le mari. »

Néanmoins il a été recommandé de tout temps de faire dresser un acte de mariage. Les émirs en ont donné l'exemple, Haroun er Rachid entre autres (5) et des instructions récentes du gouvernement le prescrivent en Algérie. Ces sages prescriptions sont appliquées sous peine de nullité dans les localités où siégent un kadi et sa mahkama.

« Attendu, dit un jugement du kadi de la quatre-vingt-dixième « circonscription de Constantine du 5 mai 1864, que les faits allégués « par Chouchan, alors même qu'ils seraient établis, ne peuvent « suppléer à un contrat régulier et définitif ; que le mariage ne « devient définitif, conformément aux usages locaux générale- « ment en vigueur, que lorsqu'on passe un acte régulier et au- « thentique. »

(1) Perron, *Femmes arabes*, p. 171.
(2) Sautyara et Charleville, *Code rabbinique*, t. II, p. 232.
(3) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 156; Hedaya, t. I, p. 91.
(4) Texte, p. 12.
(5) *Chrestomathie* de Sacy, p. 22.

De même le kadi de Collo, par jugement du 14 décembre 1864, a annulé un mariage en se fondant sur ce que : « au moment où « il a été contracté, il n'a été établi aucun écrit ni fait aucune con- « dition pour la dot, et sur cette disposition empruntée à Ibn « el Hadjeb : Tout mariage fait sans écrit et sans condition de « dot peut être annulé. »

De même encore le kadi de Mostaganem a, par jugement du 29 décembre 1866, annulé le mariage de ben Dahan : « Le ma- « riage n'est ni valable ni régulier, attendu qu'il n'a pas été « passé de contrat de mariage devant le kadi avec les conditions « voulues en faisant mention : 1° de la dot, 2° du consentement « mutuel des époux. »

Les deux premiers de ces jugements, déférés à la Cour d'Alger, ont été confirmés par arrêts des 29 mars et 18 mai 1865.

**120.** L'acte écrit, destiné à constater le mariage, contient, outre les noms des époux et de leur mandataire, la mention du consentement, les pouvoirs donnés, la dot constituée, l'époque de son exigibilité et les conditions particulières mises par les époux à leur union.

L'acte est dressé en Algérie par le kadi ou par le bach'adel lorsque le kadi est légalement empêché (1). Il est interdit à ces officiers publics sous peine d'amende de prêter leur ministère pour des unions dans lesquelles les époux n'auraient pas atteint leur puberté. Nous lisons en effet dans le mobacher du 12 septembre 1863 : Le kadi, Mokhtar ben Chérif de la dix-huitième circonscription judiciaire de Constantine, a été puni d'une amende de 200 francs par ordre de M. le général de division sous-gouverneur pour avoir marié une jeune fille non encore nubile.

**121.** La loi musulmane n'indique pas de formule sacramentelle pour les contrats de mariage, elle se borne à indiquer les mentions essentielles qu'ils doivent contenir. Nous pensons cependant qu'il est utile de faire connaître les formules les plus généralement employées, et, à cet effet, nous reproduisons troits contrats : le premier dressé le 8 septembre 1865 par le kadi de Mostaganem et ainsi conçu :

« Ahmed ould Mohammed es Stambouli, homme jeune, mais

(1) Instruction du gouverneur général de l'Algérie, du 8 août 1863.

« majeur, cultivateur, a contracté mariage avec la nommée Yamina « bent sidi Taleb, vierge et orpheline, ayant déjà l'âge nubile, « par l'intermédiaire de son frère, cultivateur, en vertu du pou- « voir qu'elle lui a donné et moyennant une dot reconnue par le « mari de 1,200 zianis (600 francs). De plus, il a été convenu « que Ahmed ould Mohammed aurait à donner à son épouse une « paire d'anneaux de pieds en argent d'une valeur de 80 francs, « une paire de boucles d'oreilles en or pesant 50 francs, deux « autres petites paires de boucles d'oreilles du prix de 60 francs, « une paire de bracelets en argent de 20 francs, une paire de « broches en argent de 20 francs, une ceinture de 20 francs, un « bijou de toilette de 10 francs et enfin le trousseau d'usage.

« Ce n'est qu'à cette condition que le frère a donné sa sœur en « mariage, avec le consentement de cette dernière, audit Ahmed « ben Mohamed, et le père de ce dernier a déclaré se porter ga- « rant de toutes les conditions.

« Le tout en présence des nommés (six témoins) et le rédacteur « du présent. »

Le second stipule des conditions particulières relatives au naqd, à l'exigibilité du kali et aux charges prises par le mari ; il a été dressé le 7 novembre 1868 par le kadi d'Alger.

« Si Mohammed ben si Mohammed a pris pour épouse celle « qu'il a fait demander en mariage, Keira bent si Hamdan, mariée « précédemment, répudiée et apte à contracter un nouveau ma- « riage.

« La dot est de 400 dinars d'Alger, dinars khamsinia (valant « chacun 12 centimes et demi), et un caftan d'une valeur de « 9 réaux de 60 centimes chacun.

« Sur cela l'époux a payé, avant la consommation du mariage, « la moitié de la dot et la moitié du cadeau. Quant au surplus, qui « reste à l'état de chose due, il suivra les conséquences d'une « dette et sera exigible par la femme à l'encontre de son mari, « dans un délai de quatre années, à partir de ce jour.

« Kheira a contracté mariage par l'intermédiaire de son père, « qui agissait en vertu d'une procuration qu'elle lui avait donnée « dans ce but. Cette procuration, dont il est porteur, a été dressée « par les adouls de notre prétoire, en date de ce jour, et commu- « niquée aux soussignés.

« L'époux a consenti au mariage et l'a agréé.

« Le père de l'épouse a stipulé que l'époux pourvoirait à l'en-
« tretien et à la nourriture des enfants que ladite dame avait
« eus de son précédent mari, savoir Khadoudja, Aïcha et Mus-
« tapha.

« De son côté, l'époux a stipulé qu'il pourrait emmener son
« épouse et la conduire avec lui en voyage partout où bon lui
« semblerait.

« Chacun d'eux a accepté les conditions; en conséquence le
« mariage a été conclu entre les deux personnes susdésignées à
« la date de ce jour.

« Fait en présence, etc. »

Le troisième a été dressé par le kadi malékite d'Alger, le 28 octobre 1867.

Il contient la dispositon particulière qui suit :

« Il est convenu qu'Hamed restera avec sa femme et ne lui
« donnera pour compagne aucune autre épouse, soit légitime,
« soit concubine; il ne la fera point sortir d'Alger, si ce n'est
« de son consentement, et s'il lui arrive d'enfreindre l'une ou
« l'autre de ces conditions, Kadoudja deviendra maîtresse de ses
« actions et pourra, si elle veut, demander le divorce.

« Ahmed répudiera l'épouse qu'il a déjà, nommée Fathma, et il
« ne la reprendra pas après l'avoir répudiée, et s'il ne la répudie
« pas avant l'époque fixée pour la célébration du mariage, Kha-
« doudja aura le droit de demander le divorce. »

Nous avons vu précédemment que la loi autorise le mariage dit par téfouid ou par tahkim; Ibn Salamoune nous a conservé la formule de ces sortes d'union; en voici la traduction littérale :

« Ceci est l'acte de mariage contracté entre... (le futur) et... (le
« père de la future), pour sa fille vierge. Le contrat a lieu sans
« mention de dot, mais d'après le mode téfouïd, en suivant les
« règles traditionnelles qui y ont rapport. »

Ajoutons que ces sortes d'union ne sont pas usitées en Algérie, ou du moins elles y sont très-rares, car nous n'en avons pas trouvé un seul exemple, soit dans notre pratique personnelle, soit dans les documents nombreux que nous avons consultés.

**122.** Le même contrat peut servir à constater le mariage d'un homme avec plusieurs femmes. « Il est permis, dit sidi Khalil, de

« se marier avec deux femmes par le même contrat, qu'on fixe « une dot pour les deux ou pour une seulement. » L'iman Malek était cependant d'une opinion contraire, et les anciens jurisconsultes, entraînés par le maître, ont frappé de nullité les mariages ainsi contractés; mais les modernes, moins sévères, se sont contentés de blâmer une coutume qui existait déjà du temps du Prophète dans les tribus arabes comme dans celles qui suivaient la loi juive (1).

**123.** Le contrat de mariage, lorsqu'il est dressé par écrit, est remis à la femme; c'est là un usage qui remonte aux temps antéismaliques et qu'il est nécessaire de suivre dans tous les pays où les actes ne sont pas conservés en minute; mais en Algérie, où les kadis sont tenus d'inscrire régulièrement sur des registres matricules les actes qu'ils reçoivent, cette mesure n'a plus la même utilité, la femme pouvant toujours se procurer une copie du contrat de mariage pour faire valoir ses droits.

**124.** Passons à la consommation du mariage. Elle est désignée indistinctement par les deux mots dokhoul ou bina. Le mot dokhoul s'applique plus spécialement aux relations intimes des époux; quant à celui de bina, il indique l'entrée de la femme dans la maison de son mari, dans le domicile conjugal. Il signifie littéralement construction, édification, et est employé en matière de mariage parce que les anciens Arabes qui se mariaient construisaient, édifiaient une tente pour y recevoir leur femme (2). « Et ensuite Kaïd envoya dire à la mère de sa fille : Je viens de « marier notre chère Zakkour à Lakit le fils de Zorara. Hâte-toi « de la parer; dresse-lui, orne-lui une grande tente. Dès ce soir « Lakit cesse d'être célibataire, il est l'époux de Zakkour (3). »

Le bina a, en droit musulman, le même caractère et produit les mêmes effets que la conduite sous le dais nuptial en droit hébraïque (4); il donne au mariage sa dernière perfection, il marque le moment où commencent les droits et les devoirs des époux; il assure à la femme la totalité de sa dot et couvre certaines nullités (5); il fait présumer le dokoul, mais il n'en établit

(1) Sautayra et Charleville, *Eben Haezer*, t. I, p. 140.
(2) De Sacy, *Anthologie*, p. 101.
(3) Perron, *Femmes arabes*, p. 226.
(4) Sautayra et Charleville, *Eben Haezer*, t. I, p. 167.
(5) Ci-après, n°s 143 et suiv.

pas la preuve ; aussi verrons-nous plus tard que la femme peut après le bina, et pendant la vie commune, demander le divorce en se fondant sur l'impuissance de son mari.

**125.** Le bina, car c'est lui qui constitue ce que les jurisconsultes musulmans nomment la consommation du mariage (1), et ce que dans notre droit moderne nous appelons la célébration, le bina, disons-nous est retardé soit jusqu'à l'époque où les époux ont acquis leur puberté (2), soit lorsque l'état maladif ou la débilité de la femme en fait une nécessité, soit pendant un délai fixé par le contrat, délai qui doit servir à la femme à préparer son trousseau (3). Ce délai était obligatoire en droit hébraïque, ce qui donnait aux actions en nullité le temps de se produire (4). Il est simplement facultatif en droit musulman, et il suffit que le mari ait fait le serment de célébrer son mariage tel jour pour qu'un plus long délai soit impossible (5).

**126.** Le bina a lieu publiquement ; la femme est conduite chez son mari en grande pompe, avec des cris de joie, souvent même au son des tambourins pour se conformer aux préceptes du Prophète : « Célébrez les mariages publiquement, faites de la musique « le jour du mariage. » La publicité a été recommandée en outre par Malek : « Il est défendu de consommer un mariage sans prendre des témoins de cette consommation (6). » Et quelques jurisconsultes du rite en ont fait une condition essentielle (7). Sans aller aussi loin, sidi Khalil fait produire à la célébration publique un effet important : « Le mariage conclu sans témoins sera annulé, « dit-il, mais il sera maintenu lorsqu'il aura été célébré publi- « quement, et ce, quoique les époux aient su que la présence de « témoins était prescrite (8). »

Enfin disons pour terminer qu'un repas de noces est souvent donné après la consommation du mariage. Ce repas n'a aucun

(1) Mohammed Assem, Ibn Salamoune.

(2) La femme, porte le jugement du kadi Atménia, du 27 juin 1865, ne peut être forcée à la cohabitation que lorsqu'elle a atteint l'âge nubile.

(3) Texte, p. 10.

(4) Sautayra et Charleville, *Eben Haezer*, t. I, p. 164.

(5) Texte, p. 10.

(6) Sentence rapportée par el Téoudi, *Traité du mariage*, ch. I.

(7) Notamment le fils de Mohammed Assem, et ce qu'il appelle les auteurs récents.

(8) Texte, p. 13.

caractère juridique ; il peut cependant servir dans un cas donné, et c'est pour cela que nous le mentionnons, à prouver l'existence du mariage (1).

## CHAPITRE VI.

### NULLITÉS DE MARIAGE.

SOMMAIRE.

127. Distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives. — Nullités absolues.
128. Nullités relatives.
129. Droit d'option.
130. Divorce.
131. Est nul tout mariage contracté : 1° avec une parente au degré prohibé. — *Quid* en cas de plusieurs mariages?
132. 2° Avec une femme mariée. — *Quid* si les deux mariages ont été contractés en même temps? — Si l'un des deux a été consommé et l'autre ne l'a pas été?
133. 3° Avec une femme répudiée trois fois.
134. 4° Avec une femme en eudda.
135. 5° Avec une femme enceinte. — *Quid* si le mari a été de bonne foi.
136. 6° A terme.
137. 7° Avec une cinquième femme.
138. 8° Par un musulman avec une idolâtre, ou par une musulmane avec un non musulman.
139. 9° Sous des conditions qui en détruisent l'essence.
140. 10° Sans consentement. — Droit de ratification.
141. Mariages annulables. — Par compensation. — En état d'ihram. — Double mariage.
142. Nullités relatives qui peuvent être prononcées d'office. — Mariage temporaire. — Secret. — Avec un malade.
143. Nullités relatives pouvant se couvrir par la ratification ou la consommation du mariage.
144. 1° Vice du consentement. — Ratification.
145. 2° Mariage du mineur. — Du safih.
146. 3° Mariage avec une femme déjà demandée.
147. 4° Mariage de l'orpheline.
148. 5° Constitution dotale vicieuse. — Jurisprudence.
149. 6° Mariage mal assorti.
150. Droit d'option.
151. Vices rédhibitoires. — Leurs causes.

(1) N° 170.

**152. Erreur sur la condition morale. — Sur la personne. — Défaut de virginité.**
**153. Conditions insérées dans le contrat de mariage.**
**154. Conditions pour l'exercice du droit d'option.**
**155. Serment par le demandeur.**
**156. A qui incombe la preuve de vices rédhibitoires.**
**157. Vices rédhibitoires du mari. — Disposition spéciale au profit de la femme. — Impuissance.**
**158. Y a-t-il un délai pour formuler l'option?**
**159. La demande d'option est portée devant le kadi.**
**160. Caractères de l'option. — Ses conséquences juridiques.**

**137.** La théorie des nullités de mariage, telle qu'elle se dégage de l'ensemble des décisions données par les jurisconsultes et telle qu'elle est exposée par Mohammed Assem et par son commentateur el Téoudi (1), peut se ramener, mais avec quelques différences, à la distinction faite en droit français entre les nullités absolues et les nullités relatives.

Les nullités absolues peuvent être prononcées d'office par le kadi. Les unes remontent au jour du mariage et empêchent que l'union contractée produise aucun effet civil; les conjoints ne sont point légitimement mariés, la femme n'a aucun droit à la dot, et les époux, en cas de décès, ne succèdent pas l'un à l'autre; le mariage n'a donc pas d'existence légale, il est inexistant, ou, pour nous servir d'une expression employée par les jurisconsultes musulmans et empruntée par eux aux docteurs juifs (2), il est nul de fait et de droit. Il ne produit de prohibitions qu'autant qu'il est consommé.

Les autres nullités absolues entraînent la dissolution du mariage, mais par voie de divorce seulement, et leur effet ne court que du jour où elles sont prononcées. Le mariage affecté d'une nullité de cette espèce produit donc tous ses effets civils, jusqu'à ce qu'il soit dissous; il crée, par sa consommation, les prohibitions légales, il donne droit à la femme de réclamer sa dot et à l'époux survivant de prendre la part fixée par la loi dans la succession de son époux prédécédé, à l'exception toutefois du mariage avec un malade.

De là une distinction importante à faire entre les mariages

(1) Traduit par Bourdens Lasalle.
(2) Sautayra et Charleville, *Eben Haezer*, t. I.

nuls et les mariages annulables. Ce sera l'objet des sections 1 et 2.

**128.** Les nullités relatives, celles qui sont couvertes soit par la consommation ou la durée du mariage, soit par une ratification postérieure, se divisent aussi en deux classes, comprenant : la première, les nullités qui peuvent être prononcées d'office par le kadi ; la seconde, celles qui ne sont poursuivies qu'à la requête des parties intéressées. Nous les étudierons sous les sections 3 et 4.

**129.** En dehors de ces nullités proprement dites, la loi musulmane accorde à chaque époux un droit d'option, c'est-à-dire la faculté de demander la nullité de son mariage, en se fondant sur ce que son conjoint est atteint de certaines maladies ou infirmités désignées sous le nom de vices rédhibitoires. Nous consacrons à ce droit la section 5.

**130.** Enfin l'inexécution par l'un des époux des conditions mises au mariage constitue également une cause de dissolution du mariage; elle donne au conjoint, à son père ou à son tuteur, le droit de demander le divorce. Nous nous en occuperons au chapitre du divorce, nos 277 et suivants.

## SECTION Ire.

### MARIAGES NULS.

**131.** Sont radicalement nuls et ne produisent aucun effet :

1° *Le mariage contracté avec une parente au degré prohibé* (nos 81 et suivants).

La nullité existe quand même le mariage aurait été contracté de bonne foi, sans que les époux ou leurs représentants aient connu les liens de parenté qui créaient la prohibition. Si donc un homme charge deux mandataires de le marier, et qu'agissant indépendamment l'un de l'autre, ils le marient à deux sœurs, le mariage qui aura été conclu le premier en date sera seul maintenu et le second sera dissous sans jugement ni répudiation. Si cependant la seconde sœur était de bonne foi et qu'elle eût consommé le mariage, elle aurait droit au payement de sa dot.

Le second mariage est nul comme ayant été contracté malgré une prohibition formelle; mais si le premier mariage était entaché de nullité parce que le mandataire n'avait pas de pouvoir suffisant,

que la femme était enceinte, qu'il n'y avait pas de dot constituée, ou pour tout autre motif, cette première union ne produisant aucun effet civil, le second mariage, s'il avait été légalement contracté, deviendrait valable (1). Et si les deux mariages avaient été régulièrement conclus sans qu'on pût établir celui qui a la priorité de date, ils seraient tous les deux frappés de nullité, dit le Hedaya (2).

Supposons que les deux femmes mariées avec le même homme descendent l'une de l'autre, une mère et sa fille par exemple ; la solution sera alors différente : « Si le mari, dit sidi Khalil (3), a « consommé le mariage avec les deux femmes, elles lui seront « interdites toutes les deux, et pour toujours, et elles n'auront « aucun droit à son héritage. » Le jurisconsulte ajoute : « Quand « même les deux mariages auraient eu lieu l'un après l'autre. » Il n'y a donc pas à se préoccuper, dans ce cas, de bonne foi ni d'antériorité ; le seul fait de deux mariages consommés, l'un avec la mère et l'autre avec la fille, produit ce que le Koran appelle une abomination, brise tous les liens existants et réagit sur le premier mariage quand même il aurait été légalement contracté, qu'il durerait depuis longtemps et que des enfants en seraient issus. Il n'en est ainsi toutefois que lorsque les deux mariages ont été consommés ; s'ils avaient été simplement conclus, le mari pourrait, avant toute consommation, conserver la mère pour épouse ; il le pourrait également dans le cas où le mariage avec la mère aurait été consommé et celui avec la fille n'aurait été que conclu. Dans toutes les hypothèses, le mariage avec la fille est donc radicalement nul (4).

**137.** 2° *Le mariage contracté avec une femme mariée.* — Cette nullité, fondée sur le texte du Koran (5), est rigoureusement prononcée par la jurisprudence. Nous citerons à titre d'exemples : 1° un jugement du kadi de Tlemcen du 17 avril 1863, confirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 7 septembre 1863 et ainsi conçu : « Attendu que le prétendu mari savait que ladite fille avait déjà été donnée en mariage, que ce fait est suffisant pour faire an-

(1) Hedaya, t. I, p. 92.
(2) Hedaya, t. I, p. 80.
(3) Texte, p. 8.
(4) Tous les jurisconsultes sont d'accord.
(5) Ci-dessus, n° 86.

nuler sa prétention. » 2° Un jugement du kadi de la 41° circonscription d'Alger en date du 8 mai 1865 confirmé par arrêt du 22 février suivant.

Et il faut décider, en conséquence, que lorsqu'une femme a été mariée à deux maris, par son père, par son ouaci ou par deux ouali qui avaient reçu d'elle un pouvoir, ou lors que deux individus se prétendent mariés à la même femme, le premier mariage en date est seul régulier, seul valable, et le second est nul de plein droit sans qu'il soit besoin de divorce ni de jugement.

Mais il peut arriver : 1° qu'on ignore quel est celui des mariages qui a été contracté le premier ; 2° que le second mari ait pris des privautés avec la femme, qu'il ait consommé le mariage avec elle.

Dans le premier cas, les deux mariages sont nuls au point que si les deux maris meurent la femme n'a droit à réclamer ni dot ni droit héréditaire (1). Dans le second, le principe cède devant des motifs de morale publique et le second mariage est seul maintenu. La doctrine des auteurs musulmans n'est cependant pas aussi formelle, elle ne valide le second mariage que lorsque le second mari ignorait l'existence du mariage précédent. Ibn el Hadjeb dit en effet : « Si le second mari a consommé le mariage « sachant que la femme était déjà mariée, ce fait ne produira « aucun effet, parce que le second mari savait, en consommant le « mariage, qu'il commettait une faute ; c'est pourquoi la femme « n'appartiendra pas moins au premier mari. » El Hattab dit aussi : « Si le second mari a cohabité avec la femme sachant « l'existence du premier mari, il n'y a pas de déchéance. » Sidi Khalil : « Si le second mari connaissait, au moment de son union, le mariage antérieur, le second mariage sera nul et n'aura pas besoin d'être dissous par la répudiation. » El Bonani : « Il ne « faudrait pas objecter que la femme ayant cohabité avec son « second mari, elle lui appartient définitivement, que ce fait la « retire du pouvoir du premier, car cela n'est vrai que pour l'es« clave qui a deux maîtres. La cohabitation avec le second mari « n'entraîne la déchéance du premier qu'autant que le second a « ignoré l'existence du premier; mais s'il en avait eu connais« sance, le premier mari n'est nullement déchu de ses droits. »

(1) Sidi Khalil le déclare en termes formels.

Abd el Baki ez Zorkanì va même plus loin : « Il sera fait droit, dit-il, à la réclamation de celui qui prétend avoir épousé le premier une femme en possession d'un autre mari, et qui fournit à l'appui de son dire le témoignage d'un seul témoin sincère, attestant que son mariage a précédé l'autre.

Et cette doctrine a été appliquée notamment par le kadi de bel Abbès, le 19 mai 1863 ; par le kadi de Constantine, le 7 août 1866 ; par le kadi de Sétif, le 13 décembre 1866 ; par le kadi d'Alger, le 18 mai 1867 ; mais elle a été repoussée par la Cour d'Alger. Cette Cour a, par une jurisprudence constante, maintenu le second mariage, toutes les fois qu'il avait été célébré.

« Attendu, porte l'arrêt du 30 juillet 1862, que la promesse « faite à l'intimé ne saurait prévaloir contre un mariage con« sommé et amener sa dissolution ; que cette doctrine, proclamée « par la morale, est d'ailleurs conforme au droit musulman.

« Attendu, dit un second arrêt, celui du 28 octobre 1863, que « s'il est vrai que sidi Khalil, dans le chapitre relatif au ma« riage, pose en principe que la femme sera l'épouse du pre« mier avec lequel le mariage aura été contracté, il déclare que « cette règle n'est applicable qu'au cas ou le second mari n'a « pris aucune privauté avec cette femme ;

« Que cette doctrine est conforme aux principes de la morale universelle et doit être considérée comme d'ordre public ;

« Qu'il est difficile, ajoute un troisième arrêt, celui du 19 dé« cembre 1866, d'admettre un premier mariage consenti par le « père, alors surtout que la femme a contracté un second ma« riage et l'a consommé. »

Plusieurs autres arrêts ont été rendus dans le même sens, notamment les 22 février 1866, 10 avril et 26 juin 1867.

**122.** 3° *Le mariage avec une femme qu'on a déjà répudiée trois fois.* — Nous avons vu précédemment que lorsqu'un individu a divorcé trois fois sa femme, il ne peut plus l'épouser qu'après qu'elle a été épousée par un autre mari et divorcée par lui (1), et nous savons que cette disposition de la loi, inscrite dans le Koran, a eu pour but d'arrêter le scandale des mariages et des divorces indéfiniment répétés. C'est donc une règle d'ordre public, et tout

(1) Ci-dessus, n° 84.

mariage contracté malgré la défense qu'elle contient est radicalement nul.

Le kadi de la 51e circonscription d'Alger a cru cependant pouvoir éluder les dispositions formelles de la loi; il a rendu le 13 août 1862 un jugement dont nous donnons la traduction littérale.

« Mohammed ben Mohammed Rir'a, avait précédemment répudié deux fois sa femme Amina bent Abdel Kader ben et Tahar, puis après chaque divorce il l'avait reprise et elle jouissait légalement de ses droits d'épouse. Dieu voulut que le mari de cette femme eût l'esprit troublé par un accès de folie, de sorte que ne sachant plus ce qu'il faisait, il a répudié sa femme une troisième fois. Lorsqu'il revint à son état normal, le mari examina ce qu'il avait fait; il s'excusa et chercha à prouver qu'il avait été malade. Il se présenta donc devant le kadi de la 51e circonscription judiciaire, et lui demanda de consigner sur son registre les déclarations des témoins, constatant qu'il était malade. Ensuite Mohammed ben Mohammed se rendit à Alger, pour voir le plus célèbre et le plus judicieux savant de cette ville, si el Hadj Mohammed ben Mustapha Gharnaouti, mufti, pour obtenir de lui un fetoua (décision juridique) sur laquelle il pourrait s'appuyer. Si el Hadj Mohammed rendit un fetoua qui autorisait Mohammed ben Mohammed à reprendre sa femme et à la garder comme par le passé, sans tenir compte de ce qui était arrivé, c'est-à-dire du troisième divorce, attendu que le mari avait une excuse en droit, ainsi qu'il a été dit, et qu'on devait agir comme s'il n'y avait pas eu de divorce. »

« La femme Amina s'est également présentée devant si el Hadj Mohamed ben Mustapha Gharnaouti susnommé pour donner plus de poids au fetoua. Le mufti a fait jurer le mari, la main sur le Sahih d'el Bokhari, comme quoi ce qu'il avait déclaré était conforme à ce qui était arrivé et à l'acte de témoignage passé par le kadi de la 51e circonscription. Le mari a prêté le serment demandé, de telle sorte que la conscience du mufti susnommé a été tranquillisée ainsi que cela est mentionné dans le fetoua qui est entre les mains du mari. Les époux sont alors revenus chez eux remplis de joie. »

« Le mari se rendit ensuite avec sa femme à la mahkama du kadi pour lui demander de rendre un jugement conforme à la décision du mufti qui l'autorise à reprendre légalement sa femme.

Le kadi accéda à sa demande, et il a rendu une décision conforme et par laquelle il a autorisé le mari à reprendre sa femme afin d'éloigner tout sujet de contestation. Sidi Khalil a dit : « Le divorce du musulman pubère et jouissant de toutes ses facultés est valable. » D'où il résulte que le divorce prononcé par un mari qui n'est point pubère ou qui ne jouit pas de toutes ses facultés est nul ; ce qui est le cas actuel. Ceux qui sont d'un avis contraire sont des ignorants ; ils ne connaissent pas la loi. C'est une chose évidente dans l'affaire qui nous occupe, puisque Mohamed ben Mohammed a une excuse ; il n'y a que les aveugles qui ne distinguent pas la lune du soleil qui puissent soutenir le contraire. Le kadi a donc pris à témoin ses deux assesseurs comme quoi il rendait un jugement autorisant le mari à reprendre sa femme et conforme en cela à la décision rendue par le mufti d'Alger. »

Et il paraît que les kadis se laissent souvent aller à maintenir des mariages dissous par une triple répudiation en se fondant sur ce que le mari ne jouissait pas, au moment où il a prononcé la dernière répudiation, de la plénitude de ses facultés ; nous n'en voulons pour preuve que le jugement suivant rendu par le kadi hanafite d'Alger, à la date du 27 décembre 1867 :

« Attendu que le divorce, pour être valable, est subordonné « au bon état des facultés mentales et à l'absence de tout état « anormal, tel que ensorcellement, stupidité, folie, etc. ; que le « répudiant se trouvant dans un de ces cas, le troisième divorce « était nul et le mari avait pu valablement se marier avec sa « femme divorcée. »

Mais le conseil de droit musulman, consulté, s'est hautement élevé contre une pareille jurisprudence dans son avis du 14 février 1868 : « La triple répudiation, dit le conseil, annule les « liens matrimoniaux qui existaient entre les époux et les sépare ; « la répudiée ne peut devenir la femme légitime du répudiant « qu'après s'être remariée à un autre homme et avoir été répu- « diée par celui-ci. Le fétoua ou décision du mufti sur laquelle « s'est appuyé le kadi d'Alger n'est pas applicable à l'espèce et « n'est pas fondé en principe. Les arguments présentés par le « répudiant n'ont aucune valeur et ne doivent pas être admis ni « pris en considération. »

Et la Cour d'Alger, sanctionnant cet avis, a infirmé le jugement du kadi d'Alger du 27 décembre 1867 et annulé le mariage par lequel le mari avait épousé la femme qu'il avait répudiée trois fois avant qu'elle eût été mariée à un autre homme.

**134.** 4° *Le mariage avec une femme en eudda ou en retraite de continence.* — C'est là encore une prescription koranique. Le mariage n'est pas seulement nul, il produit encore entre les époux une prohibition absolue : « Celui qui se marie avec une femme en retraite légale et qui cohabite avec elle, dit sidi Khalil, se la prohibe pour toujours, quand même la cohabitation aurait eu lieu par erreur et après les délais fixés pour la retraite. » Il n'en est pas de même de la simple demande en mariage ; cette demande est réprouvée, mais le mariage qui la suit n'est point nul. Il est seulement méritoire, dit sidi Khalil, pour l'homme de se séparer de sa femme.

Rappelons ici que la nullité n'a point lieu lorsque la femme épouse de nouveau pendant l'eudda le mari dont elle a été séparée par la répudiation (1).

**135.** 5° *Le mariage avec une femme enceinte* est placé dans les mêmes conditions que celui contracté avec une femme en eudda, et cela par la raison que l'eudda dure pendant tout le temps de la grossesse (2). La nullité formulée par le Koran a été prescrite par un avis du conseil supérieur de jurisprudence musulmane du mois de mai 1868 et a été prononcée récemment, savoir :

1° Par un jugement du kadi de la 9ᵉ circonscription d'Alger en date du 13 juillet 1864, ainsi conçu :

« Trois mois après le divorce de la nommée Bakhta bent ben « Yachia el Harroun avec Abd el Kader ben Ali, son premier mari, « elle a été mariée en secondes noces à Ahmed ben Bayad, de- « meurant à Marengo, lequel à donné une dot de 150 francs, tel « que cela est indiqué dans l'acte de mariage passé devant le « kadi des Beni Menad, à la date du 14 avril 1864.

« Le 9 juillet de la même année, Bakhta bent Yahia a mis un « enfant au monde. Le 13 juillet, si Mohammed ben Achour, kadi « de Cherchell, ayant eu connaissance de ce fait, a mandé par- « devant lui l'époux et le père de la femme comme la représen-

(1) Ci-dessus, n° 91.
(2) Ci-après, n° 252.

« tant. Les deux comparants, interrogés par le kadi, ont dé-
« claré que le fait de l'accouchement de Bakhta était vrai.

« Après cette déclaration, ledit magistrat a, conformément « aux prescriptions de la loi musulmane, rompu le mariage, dé- « clarant que lesdits époux ne pourraient jamais se réunir. »

2° Par le kadi de l'oued Amoura, défendant la fille de Bouzid ben Ali à son mari Diff ben Hariche, parce que leur mariage ayant eu lieu le 20 mai 1866 et la femme ayant accouché moins de quatre mois après, le 17 septembre, se trouvait nécessairement enceinte lorsqu'elle a consommé son union.

3° Par arrêt de la Cour d'Alger du 24 décembre 1866, portant qu'un enfant étant né quatre mois après le mariage, la femme avait caché son état à son mari et que cette dissimulation entraînait la dissolution de l'union conjugale.

4° Par un autre arrêt de la même Cour d'Alger du 23 mai 1870.

Ajoutons que cette nullité est encourue, quelle que soit la bonne foi du mari. « Le mariage sera annulé, a dit le conseil de juris- « prudence dans l'avis mentionné ci-dessus. On ne laissera pas « le second mari avec la femme, quand même il soutiendrait « qu'il a été de bonne foi lorsqu'il s'est marié. »

**136.** 6° *Le mariage à terme.* — Voir n° 117.

**137.** 7° *Le mariage avec une cinquième femme.* — Voir n° 94.

**138.** 8° *Le mariage contracté par un musulman avec une femme idolâtre ou par une musulmane avec un homme professant une religion autre que celle de l'islam.* — Voir n° 95.

**139.** 9° *Le mariage qui se détruit lui-même.* — Tel serait le cas où l'on marierait un esclave avec une femme libre et où l'on donnerait à la femme cet esclave en dot.

**140.** 10° *Le mariage contracté sans consentement.* — Et il n'y a pas de consentement : 1° lorsque le mariage est conclu en dehors du père ou du ouaci ayant le droit de djebr, sauf les cas exceptionnels dans lesquels le kadi est autorisé à substituer son action à l'autorité paternelle (n° 37), et par application de cette disposition le kadi de Mostaganem a, par jugement du 24 octobre 1866, annulé un mariage qui avait été contracté au nom de la femme par un représentant autre que le ouaci.

2° Lorsque la femme a été mariée par sa tutrice ouacia en per-

sonne. C'est la doctrine de tous les jurisconsultes malékites, consacrée par diverses décisions judiciaires, notamment un jugement du kadi de Constantine du 1er janvier 1865, un jugement du kadi de la 47e circonscription d'Oran du 24 octobre 1866, un arrêt de la Cour d'Alger du 20 juin 1865.

3° Lorsque la femme s'est mariée elle-même sans ouali. « Dans « le rite Malékite en Chafeite, si la femme contracte par elle-« même et ne donne pas pouvoir à un homme, dit el Téoudi, le « mariage sera annulé lors même qu'il se serait prolongé, que la « femme aurait eu des enfants, que le ouali aurait plus tard « approuvé ou ratifié le mariage, et enfin lors même qu'il y au-« rait eu une dot stipulée et payée avant la consommation. » Ibn Salamoune dit aussi : « La présence de la femme au contrat « sans qu'elle soit assistée d'un ouali ne fait pas disparaître la « nullité du mariage, quand même le ouali ratifierait ensuite le « mariage. » Et cette doctrine, enseignée également par sidi Khalil (1) et par tous les auteurs des deux rites, a été consacrée par un jugement rendu le 13 avril 1866, par le kadi de la 28e circonscription d'Oran et par un arrêt confirmatif de la Cour d'Alger, du 29 septembre 1866.

4° Lorsque le ouali ne remplit pas les qualités requises, qu'il est mineur, esclave, infidèle ou du sexe féminin. Mohammed Assem, el Téoudi. Ibn Salamoune, kadi de Constantine, jugement du 1er janvier 1865 ; kadi de la 47e circonscription d'Oran, jugement du 24 octobre 1866 ; Cour d'Alger, arrêt du 28 juin 1865.

5° Lorsque le consentement de la femme a été obtenu par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence.

Kadi de Mouzaïa, jugement du 1er août 1863 ; Cour d'Alger, arrêt du mois d'octobre 1872. Cet arrêt a été rendu dans les circonstances suivantes : Un nommé el Toumi prétendait que el Mouloud lui avait donné sa fille en mariage, et que l'union coujugale avait été même consommée ; il demandait donc que sa femme fut tenue de le suivre au domicile conjugal. El Mouloud nia le mariage ; il établit que el Toumi avait enlevé sa fille. Et la Cour : « Attendu que el Toumi a enlevé la fille de el Mouloud, et que

(1) Ci-dessus, n° 44.

« celle-ci s'est échappée aussitôt qu'elle l'a pu, qu'elle est re-
« venue chez son père et qu'elle refuse de s'unir à el Toumi; que
« ces circonstances sont exclusives d'un mariage régulier, va-
« lable et librement consenti;

« Déclare el Toumi mal fondé, etc. »

## SECTION II.

### DES MARIAGES ANNULABLES. — DISSOUS PAR LE DIVORCE.

**141.** Sont dissous par le kadi et au moyen du divorce :

1° Le mariage chirar ou par compensation. (Voir n° 117.) C'est la solution donnée par sidi Khalil (1) et consacrée par la jurisprudence des kadis.—Jugement du kadi de la 2° circonscription de Constantine, du 3 septembre 1865 ; Jugement du kadi d'Aumale, du 13 décembre 1865.

2° Les mariages contractés pendant que les époux ou l'un d'eux était en état d'hiram. Les Hanafites autorisent ces mariages (2); mais les Malékites, les Chaféites et les Hanbalites en poursuivent la nullité (3).

3° Le mariage conclu dans les conditions indiquées par le texte (4). « Il y aura lieu à divorce lorsque le mari avouera qu'il savait que sa femme était déjà mariée, et que cependant on ignorera quel est celui des deux mariages qui aura été contracté le premier. » La répudiation entraînant pour le mari l'obligation de payer la dot est, dans ce cas, une peine infligée à celui qui, en consentant à s'unir à une femme qu'il savait déjà mariée, a violé les prescriptions formelles du Koran.

## SECTION III.

### NULLITÉS RELATIVES QUI PEUVENT ÊTRE PRONONCÉES D'OFFICE PAR LE KADI OU A LA REQUÊTE DES PARTIES INTÉRESSÉES.

**142.** Les mariages dont la nullité peut être prononcée soit à la demande des parties intéressées, soit d'office par le kadi avant sa consommation et qui deviennent valables dès qu'ils sont consommés, sont :

(1) Texte, p. 11.
(2) V. n° 92.
(3) Texte, p. 11.
(4) Texte, p. 11.

1° Le mariage temporaire, et en général tous ceux conclus avec les conditions fouroud que nous avons exposées au n° 118. Les conditions deviennent nulles par le fait seul de la consommation, et le mariage reste pur et simple;

2° Le mariage secret, celui qui est contracté sans publicité, sans témoins ou en présence d'un seul témoin. « Attendu, porte « l'arrêt de la Cour d'Alger du 30 octobre 1862, que la déposi- « tion du frère de la fille Baya, qui paraît avoir été reçue par le « kadi, est insuffisante toute seule, en dehors d'autres témoi- « gnages probants pour établir la réalité du mariage allégué. »

Cette nullité rentre dans la catégorie que nous étudions en ce moment, puisque, d'après sidi Khalil (1), « il n'y aura pas annulation lorsque le mariage aura été consommé ou qu'il aura une certaine durée. »

Il faut également ranger dans cette classe :

3° Le mariage avec un malade. — Nous savons que la maladie dont il s'agit doit être grave et faire craindre une mort prochaine.

Tout mariage dans lequel un des conjoints est affecté d'une maladie de cette nature peut être annulé par le kadi du vivant de l'époux malade : « On se hâtera, porte le texte (2), d'an- « nuler ce mariage » ; mais il faut, pour que la nullité soit encourue, qu'il soit établi, d'une part, que la maladie à laquelle l'époux a succombé est bien la même que celle dont il était atteint avant le mariage, et, d'autre part, que cette maladie avait, lors du mariage, une gravité telle que la mort a dû nécessairement s'ensuivre, et par suite que l'union conjugale n'a été qu'une sorte de spéculation destinée à frustrer les héritiers légitimes.

Et c'est là, en effet, ce qu'a consacré la jurisprudence algérienne par des décisions que nous avons déjà rapportées (3).

### SECTION IV.

#### NULLITÉS RELATIVES PRONONCÉES SUR LA DEMANDE DES PARTIES INTÉRESSÉES.

**143.** Ces nullités sont toutes couvertes par la ratification

(1) Texte, p. 12.
(2) Texte, p. 12.
(3) N°s 39 et 97.

tacite ou formelle : tacite, quand elle résulte de la consommation du mariage, par exemple, ou du silence prolongé des parties intéressées ; formelle, quand la ratification est donnée en présence de témoins.

Les nullités de cette espèce s'appliquent :

**141.** 1° Au mariage entaché d'un vice de consentement, et le consentement est répudié vicieux :

A. Lorsque, dans la doctrine des Hanafites et dans celle de quelques auteurs malékites, un ouali d'un degré éloigné a procédé au mariage malgré l'existence d'un ouali plus rapproché (1). Rappelons que d'autres auteurs du rite malékite ne reconnaissent pas cette nullité et que leur doctrine a été consacrée par la jurisprudence de la Cour d'Alger.

B. Lorsque le ouali n'avait pas de pouvoirs ou qu'il a dépassé ceux qu'il avait et que la femme n'a pas ratifié son choix (2).

Il y a sur ce point divergence entre les Hanafites et les Malékites. Suivant les sectateurs d'Abou Hanifa, « le mariage contracté par un tiers qui se dit faussement fondé de pouvoir n'est pas nul (3), il est simplement vicieux, soumis en cette qualité à la libre volonté de la partie intéressée ; son aveu le légitime ; son désaveu le frappe de nullité. » C'est la théorie de la ratification absolue.

D'après les Malékites, au contraire, le rachid, l'étranger et la femme mariée par un ouali qui nient avoir donné leur pouvoir ou leur procuration doivent protester aussitôt que le contrat leur est connu, et avec serment; s'ils ne font leur protestation qu'après un certain temps, le mariage ne peut plus être annulé (4).

Il faut donc, suivant la doctrine malékite, que le ouali ait un pouvoir suffisant. — Kadi de Médéa, jugement du 19 janvier 1866 ; d'Aïn Beïda, jugement du 27 décembre 1866; Cour d'Alger, arrêts des 15 mai 1866, 1er mai 1867, 10 mars 1868 (5).

Et ne constitue pas un pouvoir régulier, suffisant : une procuration générale qui ne spécifie pas le droit de marier (arrêt de

(1) Nos 48 et suiv.
(2) Nos 59 et 67.
(3) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 168-169.
(4) Texte, p. 12.
(5) No 56.

la Cour d'Alger du 10 février 1863), ni le pouvoir qui ne repose que sur l'allégation du ouali, allégation formellement déniée par la femme (arrêt de la Cour d'Alger du 5 décembre 1864), ni le pouvoir accordé à la suite d'une contrainte physique ou morale (kadi de Mouzaia, jugement du 1er août 1863).

**145.** 2° Au mariage du mineur. — Plusieurs cas se peuvent présenter. Un s'rir a pu contracter mariage sans l'autorisation de son tuteur. Ce dernier, porte le texte de sidi Khalil (1), peut faire annuler le mariage, et il n'y a alors ni dot ni retraite légale. C'est aussi le sentiment d'Abd el Baki : « Le mariage contracté par un incapable, dit-il, est annulé lorsque son représentant légal le demande. » Et c'est ce qu'a fait notamment le kadi Malékite d'Alger par jugement du 12 novembre 1862. Les Hanafites professent la même doctrine.

Le safih, placé comme le s'rir sous l'autorité d'un tuteur, a pu également contracter mariage de son seul consentement. Le tuteur a le droit de faire annuler ce mariage, mais par voie répudiaire seulement; le texte le dit en termes formels (2).

Enfin il peut arriver que le tuteur ou le père, ayant ou non le droit de djebr, ait marié le s'rir ou le safih sous des conditions facultatives pour lui ou obligatoires seulement après sa majorité, et que le mari refuse de s'y soumettre. Dans ce cas, le mariage pourra encore être rompu par la répudiation (3).

**146.** 3° Au mariage contracté avec une femme qui avait été l'objet d'une demande précédente, tant que le mariage ne sera pas consommé (4).

**147.** 4° Au mariage d'une orpheline conclu en dehors des conditions que nous avons indiquées au n° 37 (5), et c'est en effet ce qu'a consacré une jurisprudence constante, notamment un jugement du kadi de Souk Roubia du 10 novembre 1861, un avis du medjlès d'Alger du 18 du même mois, et un jugement du 11 mai 1871, portant :

« Le mariage invoqué par le demandeur ne reposant que sur « des dépositions de témoins, ne saurait être reconnu par la

(1) Texte, p. 12.
(2) Texte, p. 12.
(3) Texte, p. 12.
(4) Texte, p. 12.
(5) Texte, p. 12.

« loi. — Le mariage d'une orpheline ne peut en effet avoir lieu « que par le kadi, en se conformant à des clauses indispensables « parmi lesquelles sont la présence du tuteur et le consentement « personnel de la femme. Et ces clauses n'ayant pas été observées, « le mariage invoqué reste sans valeur. » Ce jugement, frappé d'appel, a été confirmé par arrêt de la Cour du 16 octobre 1871.

**148.** 5° Au mariage dont la constitution dotale est vicieuse. Et il faut ranger dans cette classe :

A. Le mariage dans lequel il aurait été stipulé qu'il n'y aurait pas de dot (1) ; un pareil mariage est annulable tant qu'il n'a pas été consommé, mais par le fait de la consommation il devient valable et le mari doit payer la dot coutumière, ainsi que nous l'avons expliqué au n° 74.

B. Le mariage conclu sans qu'il ait été fait de stipulations relatives à la dot. — Kadi de Guelma, jugement du 20 juin 1864 ; kadi de la 37e circonscription d'Alger, jugement du 25 janvier 1865 ; kadi de Sétif, jugement du 11 mai 1866 ; Cour d'Alger, arrêts des 30 octobre 1862, 5 décembre 1864, 10 mai 1865.

L'absence de dot est suffisamment justifiée, lorsqu'il n'y a pas eu de contrat civil, par la déclaration sous serment du père ou représentant de la femme, portant qu'aucune dot n'a été ni promise ni payée. — Kadi de Philippeville, jugement du 6 août 1866 ; Cour d'Alger, arrêt du 19 décembre 1866.

Et la présentation d'un reçu constatant le payement d'une somme d'argent par le mari au père de la femme ne suffit pas pour constater l'existence d'une dot, lorsque ce reçu ne porte pas que la somme a été payée à titre de dot. — Cour d'Alger, arrêt du 12 mars 1862.

C. Le mariage conclu moyennant une dot inférieure à 3 dirhems chez les Malékites ou à 10 dirhems chez les Hanafites, ou moyennant une dot composée de choses illicites, telles que du vin, ou de choses ne pouvant servir à une constitution de dot, telles qu'une œuvre méritoire, des frais de courtage, des bénéfices présumés, des biens fort éloignés, des objets volés (2).

D. Le mariage dans lequel un mari stipulerait : « Je vous con-

(1) Texte, p. 13.
(2) Ci-dessus, n° 82.

stitue une dot de 100 francs et je m'engage à vous payer 200 francs si je suis marié à une autre femme que vous, » parce que cette stipulation laisse indécis le montant de la dot.

E. Le mariage contracté par le mandataire du mari pour une dot supérieure à celle fixée par le mandant. Le mari, même dans le cas où le mandataire s'engage personnellement à payer la différence, n'est pas tenu, porte le texte (1), de donner suite au mariage.

F. Le mariage dans lequel la dot aurait été fixée, mais dont personne n'aurait été spécialement chargé : « Si le fils ou le père, dit sidi Khalil (2), se rejettent l'un sur l'autre l'obligation de payer la dot, le mariage sera annulé sans dot à fournir. »

G. Le mariage contracté sans que l'époque de l'exigibilité ait été fixée, Medjlès de Sétif, — avis du 3 mars 1861 ; kadi de la 20e circonscription de Constantine, jugement du 7 janvier 1863 ; kadi de Constantine, jugement du 1er janvier 1865 ; kadi d'el Atominia, jugement du 27 juin 1865 ; Cour d'Alger, arrêts des 14 octobre 1861, 5 décembre 1864, 28 juin et 20 décembre 1865.

Qu'il s'agisse de la dot entière ou simplement du kali. — Kadi de la 2e circonscription de Constantine, jugement du 7 mai 1865 ; Cour d'Alger, arrêt du 19 décembre 1865.

H. Le mariage dans lequel l'époque de l'exigibilité excéderait le délai fixé par l'usage. Ce délai, en Algérie, est de vingt ans au maximum.

Ou enfin lorsque ce délai sera indéterminé, tel est le cas où l'on aurait stipulé que la dot serait payée lorsque le mari serait dans l'aisance. — Kadi de Constantine, jugement du 1er janvier 1865 ; Cour d'Alger, arrêt du 28 juin 1865.

Ce délai n'est point considéré comme indéterminé, dans le sens de la loi, lorsqu'il est stipulé que la dot sera payée lorsque le mari sera en mesure de l'acquitter, pourvu qu'au moment du contrat il soit dans l'aisance.

**149.** 6° Au mariage mal assorti.

La mésaillance même de la part d'un majeur, dit Mouradja d'Ohsson, donne droit au père et au tuteur d'exiger la dissolution

(1) Texte. p. 13.
(2) Texte, p. 12.

du mariage quand même il serait consommé, à moins que la femme ne fût enceinte ; mais le père et le tuteur perdent ce droit lorsqu'ils ont formellement consenti au mariage. De même le ouali qui a consenti pour la femme au mariage mal assorti ne peut plus, après la répudiation, s'opposer à ce que la femme s'unisse de nouveau à son premier époux.

Les mêmes principes sont admis dans le rite malékite, mais nous pensons qu'ils ne sont pas très-fermement suivis, car nous n'avons trouvé dans les documents judiciaires que nous avons parcourus qu'une seule demande en nullité fondée sur la mésaillance.

## SECTION V.

### DROIT D'OPTION.

**150.** On appelle ainsi le droit donné à chaque époux de faire rompre son mariage lorsque son conjoint est atteint de vice rédhibitoire.

**151.** Les vices rédhibitoires proviennent de cinq causes : 1° de la lèpre ; 2° de l'éléphantiasis ; 3° de ce qu'un des conjoints est possédé des génies, c'est-à-dire de ce qu'il ne jouit pas de la plénitude de ses facultés intellectuelles, qu'il est idiot, insensé ou en démence (1), quand même, ajoute sidi Khalil (2), les accès n'auraient lieu qu'une fois par mois ; 4° de vices de conformation susceptibles de produire chez l'homme l'impuissance, chez la femme la stérilité.

**152.** L'erreur sur la condition morale de l'un des époux autorise également l'exercice du droit d'option. La rédhibition est prononcée contre celui qui se disant possesseur d'une parenté légitime est reconnu issu de relations illégitimes et contre celui qui s'est fait passer pour homme libre alors qu'il est esclave (3).

Le droit d'option a lieu également au profit de l'homme qui a été marié à une femme esclave, mais non dans le cas de mariage avec une zimmia, à moins qu'il n'y ait eu fraude (4).

(1) Note de M. Bourdens Lasalle, traduction du mariage de Mohammed Assem.
(2) Texte, p. 13.
(3) Mohammed Assem, *Traité du mariage*, ch. XII.
(4) Sidi Khalil, texte, p. 14.

Les autres maladies ou infirmités ne donnent, pas plus que l'erreur physique sur la personne, ouverture au droit d'option. « Si le mari, dit le Moudaouana, trouve que sa femme est noire, « borgne ou aveugle, il ne peut pas obtenir la rédhibition du « mariage contre elle. La rédhibition n'a lieu que pour l'un des « quatre vices » (ci-dessus indiqués), et cela parce qu'il y a présomption légale que ces maladies, ces infirmités ou erreurs sur la personne physique ont été connues, savoir : du mari, par la visite à laquelle il a pu soumettre la femme avant de la demander en mariage; de la femme, par l'intermédiaire de son ouali (1).

Le droit d'option n'est pas ouvert non plus lorsque la femme s'est fait passer pour vierge. Sidi Khalil déclare cependant qu'il y a divergence sur ce point (2). Il reconnaît que le mari aurait le droit de demander l'annulation du mariage s'il avait fait de la virginité de la femme une condition essentielle de son union, et il rapporte l'opinion d'un jurisconsulte aux termes de laquelle si le père savait que sa fille avait perdu sa virginité par un fait autre que par la cohabitation et qu'il l'ait caché au mari, ce dernier a le droit de rompre le mariage.

**153.** En dehors des causes légales d'option, les époux peuvent dans leur contrat en établir d'autres ; ils peuvent dire, par exemple, que le mari aura l'option si la femme à telle difformité déterminée, telle maladie spéciale, ou simplement si elle n'est pas en état de santé parfaite, ou encore si elle n'est pas vierge.

Et si l'on avait stipulé dans le contrat que la femme serait sans défauts, le mari pourrait-il profiter du droit d'option en soutenant que la femme ne remplit pas les conditions voulues ? Il y a sur ce point divergence entre les jurisconsultes. D'après el Téoudi (3), l'usage a la même force qu'une condition imposée, et l'homme qui traite sa femme comme vierge et lui constitue la dot que la coutume réserve aux vierges seules a la faculté d'exercer l'option, s'il constate que sa femme n'avait pas sa virginité.

(1) Nos 104-105.
(2) Texte, p. 14.
(3) *Commentaire sur Mohammed Assem*, traduction par Bourdens Lasalle, ch. XIII.

**154.** Pour que les vices rédhibitoires donnent ouverture au droit d'option, il faut : 1° qu'ils soient constatés ; 2° qu'ils soient restés ignorés du conjoint ; 3° et s'il s'agit de la femme, qu'ils remontent à une époque antérieure au mariage. Le kadi de Batna s'est donc conformé aux exigences de la loi en rendant, le 8 février 1864, le jugement suivant : « Lorsque le mari eut emmené sa nouvelle épouse, il s'aperçut qu'elle était atteinte d'une maladie dangereuse dont il avait ignoré jusqu'alors l'existence. »

« Pourquoi l'époux refuse d'accepter cet état de choses puisqu'il était convenu avec le ouali de la femme que celle-ci devait se trouver en santé parfaite et qu'il constatait actuellement qu'elle ne remplissait pas les qualités corporelles exigées. »

« Dès lors il est constant que le ouali de la femme a trompé le mari. »

« Il est, en outre, établi que la susnommée est possédée des malins esprits, ainsi que cela a été déclaré et reconnu par son ancien mari, aujourd'hui divorcé. »

La première condition exigée est la constatation des vices rédhibitoires. Cette constatation se fait par la vue, par des témoignages, par des certificats ou attestations, par la notoriété, par le serment et par la visite des personnes de l'art. « Des hommes visitant l'homme et des femmes visitant la femme, » dit el Téoudi (1). La visite de la femme n'est cependant pas toujours autorisée, ainsi que nous allons l'exposer sous le n° 156.

Comme seconde condition, il faut, avons-nous dit, que les vices rédhibitoires soient restés ignorés du conjoint. C'est, en effet, la règle que pose sidi Khalil. « Il y a lieu à option, dit-il, lorsqu'un des conjoints ne connaissait pas les vices rédhibitoires de l'autre, ou que, les connaissant, il n'a point donné son consentement au mariage (2). »

Et c'est là aussi ce qui se pratiquait en droit hébraïque. Le nombre des infirmités ou difformités permanentes qui pouvaient faire annuler l'union conjugale était considérable, il s'élevait à 142 ; mais s'il existait dans le lieu où le mariage avait été

(1) *Commentaire sur Mohammed Assem*, traduction par Bourdens Lasalle, ch. XIII.
(2) Texte, p. 13.

conclu, c'est-à-dire où le symbole avait été remis, un bain public, par exemple, le mari était présumé avoir connu l'infirmité ou la difformité, et il n'était plus recevable à demander la nullité de son union (1).

Aux termes de la troisième condition, le vice rédhibitoire de la femme doit être antérieur au mariage. « On ne tient aucun compte, dit Ebnou Arfa, des vices qui surviennent après le contrat; c'est un malheur pour le mari. » « Celui-ci, ajoute el Téoudi, n'a qu'un moyen de se séparer de la femme à laquelle est survenu un vice rédhibitoire depuis son mariage, c'est de la répudier. » Sidi Khalil dit cependant que la folie donne ouverture au droit d'option avant comme après le mariage, et il fait supposer, par la généralité des termes qu'il emploie, que ce droit existe aussi bien au profit du mari qu'au profit de la femme (2).

**155.** En principe, l'époux qui veut profiter du droit d'option doit commencer par affirmer sous serment qu'il se trouve dans les conditions voulues par la loi (3).

**156.** Mais ce n'est là qu'une formalité préalable qui ne dispense point de l'obligation de prouver. Or, à qui incombe la preuve que les vices de la femme sont antérieurs au mariage?

Les auteurs sont divisés sur ce point: les uns, tels que le Moukareb Ai'ssa, Echeheb, Ebnou'l Kassem, Ebnou Fethoun, soutiennent que la preuve doit être faite par le mari.

Le Moukareb : « Mahomet a dit : Si un an environ après le mariage il devient évident que la femme est atteinte d'éléphantiasis et que, d'un autre côté, le mari prétende qu'elle était atteinte de cette maladie le jour de son mariage et que le père soutienne que la maladie n'est survenue qu'après le mariage, ce sera au mari à prouver son dire. »

Ebnou Fethoun : « Est-ce au mari ou à la femme à prêter serment s'ils ne sont pas d'accord? C'est au mari si la discussion s'élève sur un fait antérieur à la consommation, et à la femme s'il s'agit d'un fait postérieur. »

D'autres auteurs, tels que el Hattab, el Meouak, Ibn er Rouchd,

(1) Sautayra et Charleville, *Eben Haezer*, t. I, p. 138.
(2) Texte, p. 13.
(3) Texte, p. 13.

Ibn Salamoune, Ebnou Arfa, el Téoudi, sidi Khalil, sont d'un avis différent; ils soutiennent que la femme et son père sont toujours crus sous leur serment, que le vice rédhibitoire se produise avant ou après la consommation du mariage; il n'y a donc pas, suivant eux, de distinction à établir, ni de serment à exiger du mari. C'est la femme ou son père qui dans tous les cas sont appelés à trancher la difficulté par leur serment. « La femme, dit sidi Khalil, est crue en ce qui touche ses maladies, l'époque à laquelle elles remontent et sa virginité. La femme attestera la vérité de ses déclarations par serment, et si elle est safiha, son père jurera pour elle. »

Poursuivant ce système et l'appliquant au cas où le mari soutient que sa femme n'a plus sa virginité : « Si la femme conteste l'allégation qu'elle n'est plus vierge, dit el Téoudi en copiant el Habib et Malek (1), le mari a le droit d'exiger d'elle qu'elle prête serment. Ce serment est prêté par elle si elle est maîtresse de sa personne, et par son père si elle ne l'est pas. L'épouse ne doit pas être visitée par des femmes. Une femme libre ne doit pas, pour pareille chose, être mise à nu. » C'est aussi l'opinion de sidi Khalil (2). « Elle ne sera pas soumise à l'examen d'autres femmes. » Le serment de l'épouse ne suffira cependant pas toujours, car Khalil ajoute : « Mais lorsque deux femmes témoigneront en faveur du mari, leur témoignage fera foi. »

**157.** Quant aux vices rédhibitoires du mari, ils donnent toujours à la femme le droit d'option, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs au mariage, sauf toutefois le cas d'impuissance. C'est là ce qu'enseignent Ebnou Arfa, Mohammed Assem et el Téoudi.

Ebnou Arfa : « Il n'y a pas de doute que le mariage est annulé contre le mari pour vices anciens ou nouveaux, excepté pour l'impuissance, si le mari a eu des relations avec sa femme, ne serait-ce qu'une fois. » Mohammed Assem : « Le vice physique existant chez l'homme avant ou après la consommation du mariage donne naissance à un droit d'option, excepté pour l'impuissance survenue après le mariage consommé. » El Téoudi : « Dès qu'il y aura eu

(1) Mohammed Assem, *Traité sur le mariage*, commenté par el Téoudi, traduit par Bourdens Lasalle, ch. III.
(2) Texte, p. 14.

relations entre époux, la femme n'a plus rien à prétendre; l'impuissance du mari, provenant de mutilation ou de castration, est pour elle un malheur. »

**158.** Lorsque les vices rédhibitoires sont régulièrement constatés, l'époux qui veut opter est-il tenu d'agir dans un délai déterminé?

Non, la loi n'impose aucun délai; l'action est donc recevable tant que l'époux n'a pas eu connaissance du vice rédhibitoire ou tant que l'ayant connu il n'a pas manifesté par paroles ou par action l'intention de maintenir son union. C'est ce que M. Perron a parfaitement fait ressortir dans sa traduction de sidi Khalil. « Si, dit-il, par paroles ou par actions, celui des deux qui connaissait le défaut révocatoire de son conjoint a accepté le fait ou bien a eu quelque rapport voluptueux avec ce conjoint, il n'y a plus à choisir entre maintenir et dissoudre le mariage. Le mariage est et demeure maintenu (1). »

Mais dans aucun cas le droit d'option n'est ouvert lorsque les vices rédhibitoires ne sont connus qu'après la dissolution du mariage. « Si le mari répudie sa femme, disent tous les jurisconsultes, ni l'un ni l'autre des époux ne peut se prévaloir des vices rédhibitoires que par la suite il découvrirait chez son conjoint; il en est de même pour le cas où l'un des époux, ou tous les deux, mourraient avant que le vice ne fût reconnu. »

**159.** Voilà la demande formulée. Quelle suite y donnera-t-on? Remarquons d'abord que le mot droit d'option semble indiquer la faculté, pour chacun des époux, de valider ou d'annuler le mariage par le fait seul de sa volonté; il n'en est pas ainsi. L'époux qui veut exercer l'option est obligé de porter sa demande devant le kadi qui, après avoir entendu les parties, rend un jugement en se conformant aux distinctions suivantes :

Invoque-t-on la castration, le fait d'esclavage ou de naissance illégitime, c'est-à-dire un vice indélébile, qu'il est impossible de guérir ou de faire disparaître? L'option sera accordée dès que la preuve sera faite et le mariage sera rompu sur-le-champ. Les maladies, dit Mohamed Assem, pour lesquelles il n'y a pas d'espoir de guérison, ne laissent pas la décision en suspens, ce qui doit

(1) T. II, p. 405.

être entendu en ce sens, commente el Téoudi, que la séparation des époux sera immédiatement prononcée.

S'appuie-t-on sur la folie, la lèpre, l'éléphantiasis, c'est-à-dire sur une maladie ou infirmité dont on peut espérer la guérison? Le kadi accordera à l'époux malade un délai d'un an pour recouvrer la santé, et ce ne sera qu'après l'expiration de ce délai que la séparation pourra avoir lieu. C'est là ce qu'exprime sidi Kalil lorsqu'il dit : « On fixera un délai d'un an pour la guérison de la folie, de la lèpre et de l'éléphantiasis, lorsqu'on pourra espérer cette guérison (1), et pendant ce délai le mari ne pourra pas contraindre sa femme à cohabiter avec lui, comme, de son côté, il ne sera pas tenu de l'entretenir (2) ; le mariage se trouvera ainsi suspendu. »

La femme argüe-t-elle de l'impuissance de son mari? Un délai d'un an sera également accordé, délai qui ne commencera même, si le mari est malade, que du rétablissement de sa santé (3). Mais l'année expirée la femme obtiendra d'être séparée de son mari sans qu'il puisse être accordé à ce dernier de délai nouveau. Le mari est cru, du reste, sur son serment, que pendant l'année il a cohabité avec sa femme et qu'ainsi son impuissance a cessé : « Il sera cru, dit sidi Khalil, dans ses déclarations relatives à son impuissance (4). » S'il refuse de jurer, la femme est admise à faire serment qu'elle n'a pas eu de relations avec son mari, et si elle ne prête pas ce serment, elle perd son droit d'option.

Le mari soutient-il que sa femme est impropre à la procréation? Il faudra distinguer : ou bien ce vice provient de défauts de conformation et, le mari ne pouvant alors forcer sa femme à se faire traiter, il y a lieu à séparation immédiate ; ou bien le vice est causé par la maladie, un accident, et, dans ce cas, le kadi est seul juge du délai qu'il convient d'accorder. « Le délai accordé aux femmes, dit Mohammed Assem, est le même que celui des hommes, sauf le cas de stérilité pour lequel le délai est fixé par le kadi. » Sidi Kalil dit aussi, dans un ouvrage autre que son *Pré-*

(1) Texte, p. 13.
(2) Mohammed Assem, el Téoudi, ch. XIII.
(3) Texte, p. 14.
(4) Texte, p. 14.

*cis de jurisprudence :* « La fixation du délai pour la stérilité de la femme appartient à l'autorité (1). »

**160.** L'option, avons-nous dit (2), est un moyen donné pour faire rompre l'union conjugale lorsqu'un des époux est atteint de vices rédhibitoires ; mais quel est le caractère de ce droit et quelles sont les conséquences juridiques qu'entraîne son exercice? Il y a lieu de distinguer. L'option s'exerce-t-elle entre la conclusion du mariage et sa célébration? Elle constitue une véritable action en nullité et, si elle est admise par le juge, le mariage est réputé n'avoir jamais existé ; il ne produit aucun effet civil et la dot ou la partie de la dot livrée devient sujette à restitution. L'option ne se manifeste-t-elle qu'après la consommation du mariage? Elle prend les caractères du divorce par autorité de justice, et en produit les effets ; elle annule donc le mariage pour l'avenir, tout en le laissant subsister pour le passé avec les empêchements, les droits de paternité, de succession et autres qu'il a créés, et la dot fixée dans le contrat reste définitivement acquise à la femme.

---

## CHAPITRE VII.

### DE LA PREUVE DU MARIAGE.

---

SOMMAIRE.

161. Le mariage se prouve : 1° par le contrat.
162. — — 2° par témoins.
163. Actes de notoriété.
164. Cas où ils sont insuffisants.
165. Précautions prises pour assurer la sincérité des témoignages.
166. Justification de l'honorabilité des témoins.
167. Droits de récusation.
168. La récusation doit être : 1° motivée ; 2° justifiée par témoins.
169. Acte de récusation.
170. Le mariage se prouve : 3° par la publicité de sa célébration.
171. Cette publicité ne résulte pas de la déclaration d'un seul témoin,

(1) *Le Téoudiha.*
(2) N° 150.

**161.** Le mariage se prouve :

1° *Par l'acte ou contrat de mariage.*

Ce mode de preuve, nous ne saurions trop le rappeler, est considéré par le Koran comme bien supérieur aux autres. « Ce pro« cédé est plus juste devant Dieu, porte la sourate II, verset « 282, mieux accommodé au témoignage et plus propre à ôter « toute espèce de doute. » Aussi Abd el Baki, commentateur de sidi Khalil, dit-il qu'un acte passé devant le kadi « constitue la preuve principale et authentique du mariage, et que toutes les prétentions élevées en dehors de cet acte sont nulles et inadmissibles. »

Et par application de ce principe, le kadi d'Aumale a décidé, par jugement du 22 mai 1864, que « la femme ne pou« vait se soustraire à l'obligation de cohabiter avec son mari, « lorsque son mariage était attesté par un acte régulier. — Le kadi d'Oran, par jugement du 27 septembre 1865, confirmé le 16 mars 1866, « que lorsque deux individus se prétendaient mariés « à la même femme, il y avait lieu de valider le mariage con« staté par écrit. » — Le kadi de la 17° circonscription d'Oran, par jugement du 31 juillet 1866, confirmé le 7 mars 1867, que la préférence devait être accordée au mariage constaté par acte, et cela quand même le mariage établi par simples témoignages serait antérieur. — Le kadi de la 35° circonscription de Constantine, par jugement du 27 décembre 1866, confirmé par arrêt de la Cour du 10 avril 1867, « qu'un père qui avait marié sa fille, et « dont le mariage était constaté par un acte émanant du kadi, « n'était point recevable à déclarer qu'il n'avait pas donné son « consentement. »

**162.** 2° *Par témoins.*

La preuve testimoniale repose sur ces dispositions du Koran : « Appelez deux témoins choisis parmi vous (1). »

On admet donc que l'union conjugale peut être établie d'une manière certaine par la déclaration de deux témoins, — kadi de Guelma, 20 janvier 1866 ; kadi de Doui, 23 novembre 1871 ; alors surtout que le père de la femme a assisté à la remise faite par le futur de la partie de la dot exigible,— kadi de Médéa 4 février 1866 ; Cour d'Alger, 27 juillet 1866 ; — que la femme s'est présentée elle-même assistée de son ouali, pour dresser le contrat — kadi de Constantine, 20 février 1862 ; Cour d'Alger, arrêt du 10 février 1863 ; qu'il y a eu cohabitation entre les époux,— kadi d'Alger, 9 décembre 1865; arrêt de la Cour du 10 avril 1867. Mais, dans tous les cas, on exige que les témoins soient au moins au nombre de deux (2), et que la preuve résultant de leur déclaration soit complète, pertinente, concluante, et que le juge soit édifié sur sa sincérité (3).

Un jurisconsulte musulman, Abou Dia, a même indiqué les conditions que devait remplir cette déclaration : « Il faut, dit-il, que « la preuve soit faite par des témoins qui aient assisté en per- « sonne à l'union, qui aient entendu la demande et la réponse, « et non par des personnes qui auraient simplement entendu « dire que tel jour, dans telle circonstance, tel mariage a été « conclu. »

C'est aussi l'opinion d'el Aïni : « Le témoignage a pour objet de « renseigner le juge sur ce qu'a vu le témoin, celui-ci ne peut « dès lors être admis à témoigner des faits qu'il ne connaîtrait « que par conjecture ou induction. »

La règle ainsi formulée n'est, au surplus, que l'application au mariage de ce hadits du Prophète :

« Rendez témoignage à la vérité, mais seulement alors que le « fait est à vos yeux aussi clair que le soleil (4). »

Et la reproduction du texte de Halebi (5) :

« Le témoignage judiciaire est un des actes les plus religieux et « les plus importants, parce qu'il a pour objet de constater la

(1) Sourate II, v. 282.
(2) Ci-dessus, n° 109.
(3) Cour d'Alger, arrêts des 14 avril, 2 juin 1863, et 8 mai 1867.
(4, 5) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 214-215.

« vérité d'un fait et par là le droit du prochain. Il doit consé-« quemment être fondé par une connaissance parfaite de la cir-« constance sur laquelle on dépose; or, pour attester une chose, « il faut en avoir été témoin oculaire ou auriculaire. »

La Cour d'Alger a consacré la doctrine des jurisconsultes dans deux arrêts, savoir :

Dans celui du 30 octobre 1862 portant « que le demandeur « n'a produit ni l'acte contractuel de mariage, ni le reçu de la « dot qu'il dit avoir payée; qu'il se borne à présenter des décla-« rations faites en dehors de l'audience, par de prétendus té-« moins, sans précisions, soit du jour, soit du lieu, soit des cir-« constances où le fait qu'ils attestent serait venu à leur « connaissance. »

Dans celui du 14 juillet 1863, ainsi conçu : « Qu'il eût fallu, « (pour établir l'existence du mariage), que les témoins s'expli-« quassent clairement et catégoriquement sur le fait de la stipu-« lation intervenue entre le père de la jeune fille et le père du « jeune homme au profit duquel la promesse était faite. »

Le kadi de Collo a appliqué la même jurisprudence en décidant, le 6 novembre 1866, que la déclaration de témoins portant : « Nous avons entendu dire par Ali ben Mohamed, qu'il avait « reçu 75 francs de ben Khehil pour sa sœur à qui il l'avait ma-« rié, » n'indiquant ni le lieu, ni la date, ni les circonstances dans lesquelles Ali ben Mohamed avait prononcé ces paroles, était insuffisante pour constater légalement l'existence du mariage prétendu.

**163.** Les déclarations de témoins sont généralement recueillies, à la demande de celle des parties qui veut en faire usage, par un kadi ou un de ses adouls; un acte de notoriété est dressé, et c'est à l'aide de cet acte qu'on poursuit la validité du mariage.

Voici la traduction d'un de ces actes émané du kadi d'Aumale, à la date du 1er juillet 1866 :

Devant nous...

Ont comparu...

Lesquels ont déclaré ce qui suit :

« Notre témoignage est à Dieu et à son envoyé, nous étions « présents le..... du mois de....., au marché du dimanche, lors-

« que Ali ben Kassem a donné sa fille Halima en mariage à « Ali ben Mohamed, moyennant une dot de 450 francs, deux « hectolitres de blé, deux pots de beurre fondu et deux brebis. « Le père a reçu, en notre présence, 200 francs à compte sur la « dot. »

**164.** Cet acte n'est soumis à aucune forme spéciale.

La jurisprudence exige seulement qu'il remplisse les conditions de certitude voulues. — Kadi de Médéa, 30 juin 1867; Cour d'Alger, arrêt du 3 mars 1868.

Et elle a repoussé comme insuffisant un acte de notoriété contenant de simples allégations — Cour d'Alger, arrêts des 1er septembre et 14 décembre 1865; ou des déclarations vagues, sans précision — arrêts des 30 octobre 1862, 15 septembre 1865; 6 mars 1867 ; ou des contradictions sur les points les plus importants — kadi de Collo, 14 octobre 1864; et encore un acte ne constatant point que les parties ont été d'accord sur toutes les clauses du contrat — arrêt du 6 mars 1867; ou n'établissant pas que le mariage a été conclu à une époque correspondante à celle où il est justifié que la demande a été faite. — Kadi d'Aumale, 14 septembre 1866; Cour d'Alger, arrêts des 11 juin 1862 et 29 décembre 1866.

La jurisprudence a également repoussé un acte dressé sur la déclaration de témoins ne remplissant point les conditions voulues par la loi (ci-dessus n° 110); ou de témoins circonvenus ou récusés.—Kadi de la 16e circonscription de Constantine, 29 août 1863; de la 40e circonscription d'Alger, 25 juin 1866; de la 17e circonscription d'Oran, 31 juillet 1866; Cour d'Alger, arrêts, notamment du 11 juin 1862 et du 6 mars 1867.

**165.** L'acte de notoriété ou la déclaration de témoins ne suffit donc pas toujours pour faire preuve. La loi musulmane, obligée d'avoir constamment recours aux témoignages, ne s'est point dissimulée que tous les témoins ne pouvaient pas inspirer confiance ; aussi a-t-elle autorisé les kadis à exiger la justification de l'honorabilité de ceux qui déposent devant eux, et a-t-elle établi comme règle générale que tout témoin pouvait être récusé.

**166.** La justification de l'honorabilité s'établit par la déclaration du kadi lorsqu'il connaît personnellement les témoins, ou par des certificateurs.

Ainsi le kadi de la 58ᵉ circonscription judiciaire d'Alger a lui-même attesté l'honorabilité des témoins produits devant lui en disant dans un jugement du 19 février 1866 : « Attendu que la « droiture et la probité des témoins est notoire, qu'ils sont dans « les conditions voulues pour donner un témoignage et inspirer « confiance à la justice. » Et le kadi de la 21ᵉ circonscription judiciaire d'Alger en a fait autant en déclarant, dans un jugement du 27 juin 1871, que les témoins produits sont tous revêtus des caractères de moralité et de piété voulus.

Le second cas s'est présenté récemment devant le kadi de Ténès. Des témoins ont été amenés devant lui, il a recueilli leurs déclarations, mais il a exigé que leur honorabilité fût constatée, et la partie qui invoquait leur témoignage fit comparaître trois témoins connus, « lesquels, porte le jugement du 2 janvier 1872, « ont déclaré que les témoins précités sont honorables et de « bonne foi. »

Et lorsque l'honorabilité des témoins a été certifiée, leur témoignage ne peut plus être repoussé en justice ; c'est la conséquence nécessaire de la certification, conséquence reconnue et consacrée par un jugement du kadi de Constantine du 14 juillet 1863 portant :

« Les témoins entendus en l'enquête, après avoir subi les « épreuves indiquées par la loi, ont été reconnus pour des gens « honorables et dignes de foi en justice, et leur déposition a été « acceptée. »

**167**. Quant à la récusation, elle constitue dans la procédure musulmane une sorte de contrôle de la preuve testimoniale, un moyen de s'assurer que les déclarations produites émanent de témoins en qui la justice peut avoir confiance; aussi est-elle sollicitée par le juge avant de prononcer son jugement.

On lit en effet dans toutes les décisions des kadis, après l'indication des preuves fournies par le demandeur : « Le défendeur a été ensuite autorisé à faire valoir tous reproches et moyens de récusation contre les témoins, » ou, « les adversaires n'ont point trouvé de moyens de récusation à l'encontre des témoignages ci-dessus, » ou enfin, « le défendeur demanda un délai pour récuser les témoins du demandeur. Ce délai lui fut accordé, et avant qu'il ne fût expiré il fit comparaître, etc., etc. »

**168.** La récusation ainsi élevée à la hauteur d'un moyen ordinaire et général de défense n'est cependant admise qu'autant qu'elle remplit deux conditions, savoir :

1° Qu'elle est motivée ;

2° Qu'elle est appuyée par la déclaration de deux témoins connus.

Les motifs de récusation rentrent tous dans la formule de Ibrahim (1) : « L'homme vicieux est exclu du droit de déposer en « justice. L'exclusion s'étend à tout homme irréligieux ou négli- « gent dans la pratique de ses devoirs envers Dieu et envers son « prochain. » Sidi Khalil déclare donc que sont incapables de témoigner, et peuvent être récusés s'ils ont donné leur témoignage, les individus qui ne sont pas sains d'esprit, qui ont des mœurs irrégulières, qui ne sont point connus par leur droiture, qui sont enclins au mensonge, qui commettent des fautes graves, s'adonnent au jeu ou manquent à leur dignité (2).

Et la jurisprudence a admis comme motif suffisant de récusation le fait par un témoin de ne pas pratiquer la prière, de ne point faire les aumônes obligatoires, de recevoir de l'argent pour témoigner, de vivre dans le libertinage, de n'être point jaloux de sa femme, d'être querelleur ou de mauvaise foi, de vivre en état permanent d'adultère. — Jugement du kadi de Constantine, du 14 juillet 1863 ; 12e circonscription d'Alger, du 15 décembre 1870 ; 31e circonscription d'Alger, du 4 juillet 1871 ; arrêts de la Cour d'Alger, du 14 novembre 1870 et du 18 décembre 1871.

La récusation ne doit pas seulement être motivée ; il faut encore que les motifs allégués soient déclarés constants et que la preuve légale en soit faite dans les formes et les conditions déterminées par le Koran. « Appelez deux témoins (3). » Si donc la partie qui veut récuser un témoignage ne produit qu'un seul témoin, ou si les deux témoins qu'elle présente ne sont pas d'une honorabilité reconnue, la récusation ne sera pas encourue, et le témoignage contre lequel on aura tenté de s'élever conservera toute sa force.

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point.

(1) Mouradja d'Ohsson, t. VI, p. 224.
(2) Perron, t. V, p. 194 et suiv.
(3) Sourate II, v. 282.

**169**. La récusation n'est soumise à aucune formalité particulière. Elle est constatée soit dans l'acte même qui contient les dépositions récusées, soit dans un acte séparé.

Voici la traduction littérale de deux actes reçus à quelques jours de distance par le même kadi, et dont le second a eu pour effet de récuser les témoins dont les déclarations étaient consignées dans le premier.

Le 3 juin 1866, le kadi de la 40e circonscription judiciaire d'Alger à Médéa, dressa l'acte de notoriété suivant :

*Louange à Dieu.*

Au tribunal du Marché du Dimanche, 40e circonscription judiciaire de Médéa,

Les témoins ci-après nommés ont déclaré avoir accompagné el Hadj Ahmed ben Omar el Attaffi dans la maison d'Abd el Kader ben Ali ben Abdallah pour demander en mariage Kheira bent Ahmed, pour le fils d'Abd el Kader, le nommé ben Salem, qui se trouve en prison.

Ladite dame a donné sa procuration à son oncle Abd el Kader pour nouer le mariage avec ledit ben Salem.

Les conditions ont été faites et arrêtées entre le mandataire de ladite Kheira et le demandeur.

La dot a été fixée à la somme de 130 douros, en présence de ladite dame Kheira, et de son consentement.

El Hadj Ahmed a payé 60 douros au mandataire, et ce dans le courant du mois de Hadja, de la grande fête passée (douze cent quatre-vingt-deux probablement).

*Témoins :*

Kouider ben Saïdi ben Kabouïa;
Bou Yaya ben Omar ben Corani;
Le jeune Bou Rabah ben Saïd;
Kouider ben Mouloud ;
El Hadj el Zakrouni ben Ahmed el Attaffi.

Ce dernier a déclaré être présent avec el Hadj Ahmed et son fils Omar seulement le jour de la demande en mariage.

Ladite dame a eu connaissance de la demande en mariage par le susnommé ben Salem, et sa mère a accepté le mariage.

El Hadj Ahmed a payé 60 douros qu'il a déposés à ladite mère en présence de l'oncle Abd el Kader et de son consentement.

Omar ben Kabouïa et ben Joussef ben Rabia ont témoigné qu'ils ont entendu ladite Kheira donner procuration à son oncle paternel pour la marier avec ledit ben Salem.

Ben Otsman et bou Rabah ont témoigné avoir entendu dire par ladite Kheira vouloir prendre pour mari ledit ben Salem, si sa mère consentait. L'oncle de ladite dame, Abd el Kader, a donné ladite Kheira en mariage audit ben Salem. Les témoins ne connaissent point le montant de la dot.

El Miloud a témoigné avoir entendu Kheira dire qu'elle voulait prendre pour mari ledit ben Salem.

Le sieur Saïd ben Rabia et Mohamed ben Hadj Ahmed Daïdi et Si ben Sadok ben Mohamed ont témoigné que le porteur Omar ben el Hadj Ahmed leur a demandé au marché du dimanche d'être l'intermédiaire auprès d'Abd el Kader pour que ce dernier consente au mariage de Kheira avec ben Salem.

Ils ont eu une entrevue avec Abd el Kader, et celui-ci a dit qu'il ne ferait aucun obstacle au mariage de ladite Kheira, si elle consentait.

Le porteur a payé en leur présence 20 douros audit Abd el Kader (oncle de ladite Kheira).

Bou Kabouïa ben Schenaf a témoigné avoir entendu dire par l'oncle de ladite Kheira que le porteur est venu pour nouer la relation de mariage avec son frère, qu'il en a informé ladite Kheira, que le prétendu a payé l'argent, et que Kheira consultée a répondu : J'accepte et je consens au mariage.

El Hadj Mohamed ben Aouffi a témoigné qu'il a entendu ladite dame Kheira dire qu'elle voulait prendre pour mari ledit Ben Salem quand il la demanderait.

El Hadj ben Youssef ben Ferrath a témoigné que lui et el Hadj Kouider ben Abdallah se sont transportés chez ladite dame Kheira pour l'engager à retourner chez son premier mari, ben Yaya, avec lequel elle était divorcée; elle a répondu qu'elle voulait se marier avec ben Salem.

Fait à la date du 3 juin 1866.

*Témoins du kadi :*

Mustapha et Ahmed Cadi, Mohamed ben Taarri.

Et le 18 juin suivant les témoins qui avaient comparu dans le premier acte et attesté le mariage entre Kheira et ben Salem furent récusés par l'acte dont la teneur suit :

*Louanges à Dieu.*

Au tribunal du kadi du marché du dimanche, 40e circonscription judiciaire de Médéa,

Sur la demande qui en a été faite par le porteur du présent Abd el Kader ben Rahala Raffi,

Les témoins se sont présentés pour témoigner en faveur dudit porteur Abd el Kader, contre son adversaire Omar ben el Hadj, Ahmed ben Omar et détruire l'acte du 3 juin 1866 que ledit Omar a entre les mains :

Les nommés el Rabia, el Tami et el Toumi ben Mohamed ont témoigné que Salem ben Kouider reçoit de l'argent pour témoigner.

Salem ben Nicha et bou Alia ben Kouider ont témoigné que Saïd ben Kabouïa reçoit de l'argent pour le témoignage.

Kassem ben Hadj Brahim et ben Kassem ben Ahmed ont témoigné contre Hadj ben Yaya, lequel est un mauvais sujet et coureur de femmes.

Ben Salem ben Ahmed et Boukit ben Ali ont témoigné que bou Rahala ben el si Saïd ne fait pas la prière prescrite et reçoit de l'argent pour témoigner.

Kouider ben Mohamed ben Omar et Omar ben Tahar ont témoigné que Omar ben Kabouïa est un menteur.

El Hadj Mohamed el Aïssa et Sahari ben bou Bacha ont témoigné que Youssef ben Rabia est un mauvais sujet et coureur de femmes.

Ismaïl ben el Souffi et le Cheïkh ben Soudi ont témoigné que ben Otsman ben Rabah est mauvais sujet et coureur de femmes.

Ahmed ben Kouïder et Saïd ben Ali ont témoigné, le premier qu'il y avait animosité entre lui et le témoin el Mouloud ben Mohamed ; le deuxième a témoigné que ledit Mouloud ne suit pas les préceptes de sa religion et ne la respecte pas et fait beaucoup de choses défendues.

El Aïd ben Yaoui et el Hadidi ben Ahmed ont témoigné que Kouider ben Mouloud est un mauvais sujet, impertinent et querelleur.

Ahmed ben Hadj ben Yaya et Rahmani ben Abdallah ont témoigné que Hadj Mohamed ben Ouffi n'est pas jaloux de sa femme et que des personnes viennent chez lui sans blesser sa susceptibilité de mari.

El Mouloud ben Aïssa et el Rabra ben Abdallah ben Arbi ont

témoigné que Kabouïa ben Chérif est mauvais sujet et court les femmes.

El Hadj Abd el Kader ben Toumi et el Hadj Abd el Kader ben Sahaïri ont témoigné que le sieur Mohamed ben Sedira n'est pas jaloux.

Fait à la date du 18 juin de l'année 1866.

Et en conséquence de cet acte de récusation, l'acte de notoriété a été annulé ; car il est en principe de droit musulman que tout témoin récusé est considéré comme n'existant pas, que son témoignage ne peut pas être produit en justice, et par suite que le fait que ce témoignage avait pour but d'établir doit être rejeté. La jurisprudence est constante sur ce point. Citons notamment :

Un jugement du 29 août 1863 rendu par le kadi de la 16$^{e}$ circonscription judiciaire de Constantine portant : « Les témoins qui « attestaient le mariage ayant été récusés, il n'y a plus de preuve, « plus de mariage constaté. »

Un jugement du kadi de la 25$^{e}$ circonscription d'Alger du 25 juin 1866, refusant aussi de valider un mariage, constaté par des témoins récusés, « parce que, dit-il, les témoins, quand ils « sont récusés, sont comme s'ils n'existaient pas. »

Un jugement du kadi de la 22$^{e}$ circonscription judiciaire de Constantine confirmé par arrêt du 1$^{er}$ mai 1867, s'appuyant sur l'opinion du cheik ben Assem et déclarant que « n'est point suffi- « samment prouvé un mariage dont l'existence n'est attestée que « par des témoins récusés. »

**170.** Le mariage peut encore être prouvé :

3° *Par la publicité de sa célébration.*

Nous savons la différence que font les jurisconsultes entre la conclusion du mariage et sa célébration. La conclusion résulte du consentement donné, et la célébration de la conduite de la femme au domicile conjugal ; et bien que le fait matériel de la célébration ne constate pas toujours qu'il y ait eu consentement dans les conditions requises pour constituer le mariage, on admet cependant que lorsque cette célébration a été publique, qu'elle est attestée par des témoins, qu'elle a eu lieu en présence des parents et des amis, qu'elle s'est manifestée par le son des tambourins, par un repas de noces, par la fumée des cuisines, etc., etc., elle suffit pour établir l'union conjugale et en constater la vali-

dité. « Le mariage sera maintenu, dit sidi Khalil, lorsque sa célé-
« bration aura lieu publiquement, et ce, quoique les époux aient « su que la présence de témoins instrumentaires était pres- « crite (1). »

**171.** Mais la publicité exigée n'est point établie par la déclaration d'un seul témoin, quand même cette déclaration serait appuyée du serment. Le Koran, dans le verset que nous avons rappelé au n° 162, parle de deux témoins, et ce nombre ne saurait dès lors être réduit sans nuire à la validité du témoignage. C'est ce que constate l'auteur en ces termes : « Les preuves (celles de la publicité) ne peuvent être remplacées par le serment appuyé de la déclaration d'un seul témoin (2).

Une exception a été introduite cependant : 1° en faveur de la femme dont le mari est décédé. Si la femme jure qu'elle a été mariée à un individu qui est décédé et qu'elle ait un témoin qui l'atteste sous serment, le mariage sera admis.

2° En faveur du mariage que le ouali a contracté pour luimême avec la femme qui l'avait chargée de son pouvoir. « La dé- « claration du ouali suffira, porte le texte, pour prouver le « mariage. »

Quant au serment des époux, il ne saurait tenir lieu de la publicité exigée et constater légalement l'existence d'un mariage.

La Cour d'Alger y a eu recours cependant Un nommé Abd es Salem prétendait qu'el Hadj bel Kheïr lui avait donné en mariage sa fille Kheira moyennant une dot de 490 francs, deux mesures de blé et deux pots de beurre ; il ajoutait que sur la somme de 490 francs il avait remis à son beau-père celle de 350 francs. El Hadj bel Kheïr opposait aux allégations d'Abd es Salem des dénégations absolues. La Cour déféra le serment à el Hadj bel Kheïr, et, sur la prestation qui en fut faite à son audience, elle débouta Abd es Salem de ses prétentions, par arrêt du 3 mars 1868. Le serment ne portait donc pas sur le mariage, mais simplement sur le fait de savoir si el Hadj bel Kheïr avait recu la somme de 350 francs, et dans ces circonstances le serment avait été régulièrement déféré, puisqu'il est de principe « que le serment est de rigueur pour le défendeur qui nie. »

(1) Pages 13 et 15
(2) Texte, p 15.

Et si el Hadj bel Kheïr avait refusé de le prêter, son refus aurait amené une condamnation en payement de la somme reçue, mais il n'aurait certes point suffi pour valider un mariage dont l'existence n'était établie par aucun des moyens autorisés par la loi.

**172.** Enfin, la preuve du mariage peut résulter :

4° De la déclaration des parties intéressées, c'est-à-dire des deux époux ou de l'un d'eux seulement.

C'est là un mode exceptionnel de preuve et qu'on ne peut accueillir que dans les circonstances particulières pour lesquelles la loi l'a spécialement autorisé, savoir :

A. Lorsque les époux, arrivant récemment de l'étranger, déclarent s'être mariés l'un à l'autre sans qu'il soit possible de se procurer de preuves de leur mariage ;

B. Lorsque, venant également de l'étranger, ils reconnaissent, en présence de témoins, être unis par les liens du mariage, par exemple lorsque le mari dit à sa femme : « Je t'ai épousée ; je te répudie, etc., » et que la femme répond : « Je suis, en effet, unie avec toi ; j'accepte la répudiation (1) ; »

C. Lorsque la femme, venant d'un pays éloigné, affirme qu'elle a été mariée après avoir été répudiée définitivement ;

D. Enfin, lorsque la femme, n'ayant pas quitté la localité qu'elle habite, affirme avoir été mariée après une répudiation définitive ; seulement la loi exige, dans ce dernier cas, que la déclaration de la femme présente des garanties de sincérité et, en second lieu, que le mariage dont excipe la femme remonte à une époque éloignée.

**173.** Quelques jurisconsultes ont pensé que le fait de vivre maritalement dans le même pays pendant longtemps, ou même le fait par un époux prétendu de se déclarer héritier de son époux décédé lorsque aucun autre héritier ne contestait la qualité du réclamant, suffisaient pour établir la réalité du mariage ; mais cette opinion est controversée.

« Il y a désaccord sur ces deux points, » dit sidi Khalil.

**174.** En présence de ces divers modes de preuves autorisés, les jurisconsultes ont supposé qu'il pourrait arriver, dans le cas où

(1) Texte, p. 15.

deux individus se prétendraient mariés à la même femme (nº 132), que des preuves contradictoires seraient produites, et ils ont décidé que toutes les preuves fournies seraient alors considérées comme non avenues, quand même la femme attesterait que les preuves administrées par l'un des prétendants sont dignes de foi; mais c'est là une supposition purement théorique, et nous n'avons jamais vu, dans les nombreuses contestations auxquels ont donné lieu les doubles mariages, que les kadis aient appliqué cette disposition de loi; ils ont toujours admis les preuves qui leur paraissaient les plus sincères et maintenu un des mariages au préjudice de l'autre. La Cour d'Alger a suivi la même jurisprudence.

**174** *bis.* Mais, en droit musulman, il n'y a pas seulement à faire la preuve du mariage, il faut souvent établir que le mari avait la capacité voulue, qu'il était en possession de ses droits, et qu'il a pu valablement contracter sans le consentement de son père ou de son tuteur.

Cette preuve a été rendue facile; la loi dispose, en effet : « La « femme sera crue lorsqu'elle déclarera que le mariage a été cé- « lébré après la puberté du mari (1). »

## CHAPITRE VIII.

### MARIAGES ENTRE INFIDÈLES ET ENTRE MUSULMANS ET INFIDÈLES.

SOMMAIRE.

175. Division du chapitre.
176. Section 1re. Mariage d'un musulman avec une infidèle.
177. Question de droit algérien. — Un musulman peut-il faire consacrer son union avec une Française par le kadi?
178. Seconde question.— Le musulman marié qui veut contracter une union peut-il la faire consacrer par l'officier de l'état civil français?
179. Troisième question. — Le musulman qui se marie en France avec une Française devant l'officier de l'état civil conserve-t-il son statut personnel?
180. Section 2e. — Mariage entre infidèles. — Statut personnel.

(1) Texte, p. 15.

175. Nous avons à nous occuper dans ce chapitre :

1° Du mariage contracté par un musulman avec une infidèle;

2° Du mariage entre infidèles et des effets que ce mariage produit :

A. Tant que les époux conservent leur religion ;

B. Lorsqu'un des époux ou tous les deux se convertissent à l'islamisme.

## SECTION Ire.

### MARIAGE ENTRE UN MUSULMAN ET UNE INFIDÈLE.

176. Nous avons déjà vu, en nous occupant des empêchements (n° 95), que les mariages mixtes ne sont autorisés qu'en faveur des hommes, et encore alors seulement qu'ils s'unissent aux filles de ceux qui ont reçu les écritures, c'est-à-dire à des juives ou à des chrétiennes.

Les mariages de cette nature emportent cependant blâme de la loi, mais lorsqu'ils sont régulièrement contractés, et, dans ce cas, la femme infidèle peut être représentée par un ouali infidèle, ils produisent les mêmes effets que les mariages entre musulmans, sauf en ce qui concerne les successions. La femme kitabia, quoique valablement mariée à un musulman, ne succède pas à son mari, et les filles qui naissent de son union appartenant à la religion de leur mère n'ont aucun droit dans la succession du père.

177. Un musulman peut donc se marier avec une Française, mais ce mariage peut-il en Algérie être constaté par un kadi ? Le kadi Hanafi, le kadi Maléki d'Alger et la Cour ont répondu négativement, et ils se sont fondés sur les dispositions spéciales de l'article 44 du décret du 31 décembre 1859, sur la justice musulmane : « Les actes publics entre musulmans sont reçus par les « kadis ou par les notaires. »

Malgré ces dispositions, un jeune marabout d'Aïn Madhi, Ahmed el Tedjini, crut pouvoir demander au kadi Hanafite d'Alger de

recevoir par un acte régulier sa déclaration constatant qu'il avait pris pour légitime épouse une demoiselle Picard. Le kadi refusa, et sur ce refus une instance fut ouverte devant le kadi Malékite, pour forcer le kadi Hanafi à recevoir l'acte en question. Le kadi Malékite déclara la demande mal fondée, et la Cour, saisie par voie d'appel, confirma cette décision par un arrêt du 24 octobre 1871 ainsi conçu :

« Attendu que les pouvoirs des kadis, en tant qu'ils remplis-
« sent les fonctions dévolues aux notaires français, sont réglées
« par la législation locale : qu'aux termes de cette législation, ils
« ne peuvent recevoir que les actes qui intéressent les musulmans
« exclusivement ; que dès lors c'est à bon droit que le premier
« juge a donné gain de cause au kadi Hanafi..... confirme.

**178.** *Autre question algérienne.* — Un musulman déjà marié pourrait-il contracter une seconde union devant l'officier de l'état civil français ?

La question ne s'est jamais présentée, croyons-nous, posée dans ces termes devant les tribunaux. Les musulmans se marient entre eux, soit devant le kadi, soit en présence de témoins, et n'ont point recours aux officiers de l'état civil. Ils pourraient le faire cependant, et la question se présenterait alors comme elle s'est présentée pour les Israélites indigènes avant leur naturalisation. Un israélite déjà marié voulut contracter une nouvelle union ; il se présenta à l'officier de l'état civil de Constantine, et lui demanda de procéder à son mariage. L'officier s'y refusa, alléguant qu'aux termes de l'article 147 du Code civil, « on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. » De là procès qui, soumis à la Cour d'Alger, fut tranché par arrêt du 29 janvier 1857, ainsi conçu :

« Considérant qu'inutilement on alléguerait que ni la loi de Moïse, ni la loi que l'intimé s'est imposée lors de son premier mariage, ne font obstacle à la nouvelle union qu'il veut contracter ; que pleine de force devant les rabbins, l'objection est évidemment sans aucune gravité devant l'officier civil français ; que pour celui-ci il suffit en effet que la loi française regarde l'existence d'un premier mariage comme un empêchement dirimant pour qu'il ait à s'abstenir ; »

« Interdit au maire de Constantine de passer outre au mariage. »

**179.** *Troisième question de droit algérien.* — Le musulman qui se marie en France avec une Française, devant l'officier de l'état civil, conserve-t-il son statut personnel ?

L'affirmative a été décidée par jugement du tribunal supérieur d'Alger, du 20 juin 1836, ainsi conçu :

« Considérant qu'il est justifié par l'aveu même de Mustapha, « que sidi Hamdam a, dans le courant de l'année 1834 et devant « l'officier de l'état civil du 11e arrondissement de Paris, con- « tracté mariage avec la dame Zabel ; »

« Considérant que si le fait de la célébration de ce mariage, après « les formalités prescrites par les lois françaises, pouvait donner « à supposer que ledit sidi Hamdam, indigène et musulman « d'Alger, et la dame Zabel, Française chrétienne, demeurant à « Paris, avaient entendu contracter sous l'empire de la loi fran- « çaise, il est juste de reconnaître que les doutes qui s'élevaient « à ce sujet ont entièrement disparu devant le fait du retour « ultérieur de Hamdam, en compagnie de son épouse, dans son « ancienne résidence ; qu'il est justifié par ce retour et par la vie « que les deux époux ont menée depuis cette époque, que Sidi « Hamdam ne s'est point cru séparé de ses coreligionnaires, et « affranchi de sa loi propre ; qu'il a toujours agi comme s'il n'a- « vait jamais cessé d'appartenir à la religion musulmane ; qu'il « en faut conclure qu'il est resté musulman nonobstant son ma- « riage avec la dame Zabel, et qu'en se mariant avec elle en « France, sous l'empire de la loi française, il n'a entendu ni pu « entendre autre chose que vouloir contracter avec elle un ma- « riage légitime. »

## SECTION II.

### MARIAGES ENTRE INFIDÈLES.

**180.** La loi musulmane reconnaît le mariage contracté par les infidèles entre eux (1), mais elle n'en règle pas les conditions. La femme infidèle, ou étrangère à l'islam, mariée à un infidèle dans un pays musulman (2), ne saurait donc s'appuyer sur la loi musulmane pour obtenir de son mari une dot, des frais d'entre-

(1) Texte, p. 51.
(2) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 192.

tien ni la part d'héritage fixés par le Koran, même quand elle aurait été représentée par un ouali musulman; son mariage est régi par la loi particulière à laquelle elle s'est soumise; c'est donc à cette loi, et à cette loi seule qu'elle peut recourir pour ses avantages matrimoniaux.

**181.** Mais il peut arriver que les deux époux ou l'un d'eux se convertisse. Il y a lieu alors de distinguer. Le mari seul a-t-il embrassé l'islamisme? Il a le droit de faire annuler son union ou de la maintenir; seulement, dans ce dernier cas, le mariage est nul aux yeux de la loi musulmane (1), il ne produit pas les effets civils que cette loi consacre; la femme ne peut réclamer ni dot, ni frais d'entretien, ni droits d'héritage.

Est-ce la femme seule, au contraire, qui se convertit? Elle reprend aussitôt sa liberté. Son union est annulée par le fait seul de sa conversion, et le mari perd tous les droits que pouvait lui assurer la loi sous l'empire de laquelle il avait contracté. Telle est du moins la doctrine des Malékites. Les Hanafites ne sont pas aussi rigoureux; ils défendent bien tout rapport entre la femme convertie et son mari, mais ils ne dissolvent l'union conjugale qu'à partir du moment où le mari refuse d'embrasser l'islanisme. « Avant cette formalité juridique, dit Mouradja d'Ohsson (2), quels qu'en soient les retards, la femme n'a pas le droit de disposer de sa main. » Et il ajoute : « Contrevient-elle à la loi, le premier époux en changeant de religion peut la reprendre après avoir fait casser le second mariage et sans être tenu de renouveler le premier. »

**182.** Si le mari et la femme se sont convertis tous les deux, leur mariage antérieur reste valable, il produit tous les effets que la loi musulmane y attache, à la seule condition de n'être point défendu par cette loi, de n'avoir pas été contracté malgré un des empêchements dirimants que nous avons signalés.

Si donc un converti avait plus de quatre femmes, il serait tenu de se limiter, de choisir celles qu'il veut conserver et de se séparer des autres soit en les répudiant, soit en prononçant contre elles une assimilation injurieuse ou le serment ila.

Le seul fait par le converti de déclarer à une de ses femmes

(1) Texte, p. 16.
(2) Mauradja d'Ohsson, t. V, p. 198.

que son mariage avec elle est, nul est insuffisant (1) pour constituer un choix et entraîner l'annulation de l'union conjugale.

Et lorsque le choix a été légalement fait, le mari n'est tenu de payer une dot qu'à celles de ses femmes qu'il a déclaré vouloir conserver. Ce principe reçoit cependant plusieurs exceptions. Ainsi : 1° le converti marié à cinq femmes, par exemple, et qui a consommé le mariage avec toutes les cinq, doit à chacune d'elles la dot convenue, la règle que la dot est acquise par la consommation du mariage l'emportant sur toutes les autres; 2° la succession du converti est tenue de payer une dot à chacune des femmes, quel qu'en soit le nombre, lorsque le mari est décédé avant de faire son choix; 3° le converti doit également une dot à toutes celles de ses femmes dont il se serait séparé par la répudiation, mais sans les désigner suffisamment. Cette dot, toutefois, ne s'élève qu'aux trois quarts de celle portée sur l'acte de mariage.

**183**. Le mariage des convertis n'est donc accepté par la loi musulmane qu'autant que ce mariage n'a pas été contracté en dehors des empêchements dirimants que nous connaissons; le principe toutefois souffre quelques exceptions. Sidi Khalil nous apprend en effet (2) :

1° Qu'on valide le mariage conclu par un converti avec une femme qu'il aurait répudiée trois fois sans exiger que cette femme soit devenue, dans l'intervalle, l'épouse d'un autre homme ;

2° Que dans les mariages entre convertis on accepte comme valable toute dot constituée, quand même elle se composerait de choses défendues par la loi musulmane;

3° Que si le mariage a été contracté sans constitution de dot, le mariage ne sera pas de ce chef susceptible d'annulation; il imposera seulement au mari l'obligation de payer à la femme une dot par téfouid;

4° Que si un converti a épousé les deux sœurs et a consommé le mariage avec toutes les deux, il peut conserver une des sœurs pour épouse légitime;

5° Que, lorsqu'un converti s'est marié avec la mère et avec la

(1) Texte, p. 16.
(2) Texte, p.16.

fille, il peut, à son choix, conserver l'une ou l'autre pour épouse s'il n'a consommé le mariage avec aucune d'elles, garder celle-là seulement avec laquelle il aurait cohabité, et enfin il est tenu de se séparer d'elles pour toujours lorsqu'il a eu des rapports avec toutes deux.

La séparation forcée du converti n'anéantit pas complétement les liens que le mariage avait créés; les empêchements subsistent en ce qui concerne au moins le père et le fils. C'est la disposition formelle de la loi : « Il est défendu au père et au fils du converti d'épouser une des femmes dont ce dernier aura dû se séparer. »

---

## CHAPITRE IX.

### DROITS ET DEVOIRS DES ÉPOUX.

---

SOMMAIRE.

184. Le mariage crée entre les époux des droits et des devoirs.
185. Anciennes coutumes. — Koran. — Égalité entre époux.
186. Fidélité à la foi conjugale. — Adultère. — Renvoi.
187. Obligations du mari.
188. Obligations de la femme.
189. § 1er. Cohabitation.
190. Partage égal des nuits.
191. Exceptions.
192. Le partage égal comprend un espace de vingt-quatre heures.
193. § 2. Entretien.
194. L'obligation date de la célébration du mariage.
195. Elle se continue pendant la durée de l'union conjugale.
196. Elle subsiste même après la dissolution du mariage. — Dans quel cas?
197. Limites de cette obligation.
198. Fixation des frais d'entretien.
199. Payement par avances. — Cautions.
200. Sanction de l'obligation d'entretien.— Droits de la femme.
201. Payement de l'arriéré.
202. Restitution des frais d'entretien.
203. Quand cesse pour le mari l'obligation d'entretenir sa femme.
204. Règles spéciales à la nourriture.
205. — — à l'habillement.
206. — — au logement.
207. § 3. Mauvais traitements, injures, sévices, coups.

**184.** Le mariage crée entre les époux des droits et des devoirs.

**185.** Dans les anciennes coutumes arabes, la femme était considérée comme la chose de son mari au point qu'elle était comprise dans sa succession et qu'elle passait au même titre qu'un objet mobilier aux mains de ses héritiers (1). Le Koran apporta à cet état de choses une modification profonde ; il releva la femme en posant le principe de l'égalité des droits et des devoirs entre époux.

« Les femmes à l'égard de leurs maris, porte la sourate II, v. 228, « et ceux-ci à l'égard de leurs femmes, doivent se conduire hon« nêtement. » Et Mahomet, dans son discours au djebel Arafat, confirma ce précepte : « O hommes, dit-il, vous avez des droits « sur vos femmes et vos femmes ont des droits sur vous ! »

**186.** Et comme conséquence de ce principe, le Koran imposa à chacun des époux la fidélité à la foi conjugale.

« Que vos femmes soient chastes, qu'elles évitent la débauche « et qu'elles n'aient point d'amants (2). Qu'elles conservent soi-

(1) Caussin de Perceval, *Hist. des Arabes*, t. III, p. 337.
(2) Sourate IV, v. 39.

« gneusement pendant l'absence de leurs maris ce que Dieu a « ordonné de conserver intact (1). »

Et en ce qui concerne les maris :

« Vivez chastement avec elles (vos femmes) en vous gardant de « la débauche et sans prendre de concubines. Celui qui trahira « sa foi perdra le fruit de ses bonnes mœurs et sera, dans « l'autre monde, au nombre des malheureux (2). »

Puis comme sanction :

« Vous infligerez à l'homme et à la femme adultères cent coups « de fouet à chacun (3). »

**187.** En dehors de cette obligation mutuelle, le mari, par le fait seul du mariage, s'engage vis-à-vis de sa femme :

1° A cohabiter avec elle, et s'il a plusieurs épouses, à partager également ses nuits entre elles ;

2° A pourvoir à son entretien ;

3° A n'employer envers elle aucun mauvais traitement ;

4° A lui laisser fréquenter ses père et mère et ses enfants issus d'un lit précédent.

**188.** De son côté, la femme est tenue :

1° D'être soumise à l'autorité maritale ;

2° D'habiter le domicile conjugal ;

3° De travailler ;

4° De ne pas disposer de plus du tiers de ses biens sans le consentement de son mari.

Chacune de ces huit obligations va faire l'objet d'une section spéciale.

## SECTION Ire.

### COHABITATION.

**189.** La loi musulmane, faisant de la procréation des enfants le but principal et presque exclusif du mariage, a encouragé les unions précoces et attaché une sorte de flétrissure à la stérilité ; elle devait aussi, pour être conséquente, imiter les législations qui reposaient sur le même principe qu'elle, et faire de la cohabitation une obligation pour le mari.

(1) Sourate IV, v. 38.
(2) Koran Sourate V, v. 7.
(3) Koran Sourate XXIV, v. 2. V. nos 391 et suiv.

Cette obligation n'a cependant pas été réglée dans ses détails : la loi présume qu'elle est remplie lorsque la femme habite avec son mari, qu'elle vit avec lui et qu'elle est placée sous sa puissance. « Tant que l'épouse est sous la puissance de son mari, dit « un avis du medjlès d'Alger du 8 octobre 1864, tout fait pré« sumer que ce dernier remplit ses devoirs conjugaux. » Mais il se peut présenter des circonstances de fait, devant lesquelles cette présomption légale disparaisse et qui permettent au kadi d'intervenir, de constater que le mari ne cohabite pas avec sa femme et, suivant les cas, de prononcer le divorce. (Ci-après n° 306.)

**190.** Et si le mari a plusieurs femmes ?

Il est tenu, d'après la règle posée par le Prophète (1), admise dans tous les rites (2) et reproduite dans le texte de sidi Khalil (3), de partager également ses nuits entre elles. Ce partage doit être observé, même lorsque le mari est empêché légalement ou naturellement d'avoir avec ses femmes des rapports intimes, comme, par exemple, lorsqu'il est en état d'ihram, ou qu'il est malade. Le partage des nuits n'entraîne donc pas le partage des relations; il est néanmoins recommandé au mari de ne pas avantager une de ses femmes au détriment d'une autre (4).

**191.** Le partage égal des nuits n'est cependant pas absolu ; ainsi :

1° Lorsqu'un musulman déjà marié prend une seconde, une troisième ou une quatrième femme, il est autorisé par une disposition spéciale empruntée à la loi juive (5) à consacrer à la nouvelle mariée plusieurs nuits consécutives : sept si cette épouse nouvelle est vierge, trois seulement si elle ne l'est pas. C'est ainsi qu'en usait le Prophète d'après la moultéka du Cheikh Ibrahim, afin, disait-il, de ne pas exposer à un jugement défavorable du public et la nouvelle mariée et sa famille (6).

2° En cas de voyage, le mari peut n'emmener avec lui qu'une seule de ses femmes désignée par le sort ou choisie par lui (7). Le sort est recommandé de préférence comme ayant été employé

(1) Caussin de Perceval, *Hist. des Arabes*, t. III, p. 268.
(2) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 176; Abou Chodja, p. 45.
(3 et 4) Texte, p. 16-17.
(5) Sautayra et Charleville, *Eben Haezer*, t. I, p. 168, notes.
(6) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 173.
(7) Texte, p. 17.

par Mahomet lui-même. « Lorsque l'apôtre de Dieu, dit Aïcha, « entreprenait un voyage, il avait coutume de choisir par la voie « du sort une de ses femmes pour l'accompagner (1). »

3° Le mari peut aussi, lorsqu'il est assez gravement malade pour ne pouvoir se transporter de chez l'une de ses femmes dans l'habitation de l'autre, rester pendant tout le temps de sa maladie chez celle qu'il voudra. Tel est le texte de sidi Khalil (2); mais l'exemple donné par le Prophète semblerait indiquer que le consentement de toutes les femmes est nécessaire. « Mahomet, dit « Caussin de Perceval (3), avait continué jusqu'alors à passer les « nuits tour à tour dans l'appartement de chacune de ses femmes. « Il était dans celui de Maïmouna lorsque, sentant son mal s'ag- « graver, il les assembla toutes et leur demanda leur agrément « pour s'établir à demeure et être soigné dans l'appartement de « l'une d'elles. Elles y consentirent et il s'installa dans le loge- « ment d'Aïcha. »

4° Les époux ont la faculté, lorsqu'ils sont d'accord, de ne point suivre la règle du partage égal. La femme peut, du consentement de son mari, renoncer à ses droits. C'est ce qui arriva à Saada qui céda ses droits à Aïcha (4) et à plusieurs des femmes du Prophète, puisque « Mahomet ayant épousé quinze femmes n'eut « commerce, d'après Aboulféda (5), qu'avec onze ou douze d'en- « tre elles. »

Et de ce que les époux peuvent ainsi changer l'ordre établi, on en a conclu, et sidi Khalil l'a consacré dans son *Précis de jurisprudence*, que la femme a le droit de céder un de ses tours, que le mari peut le lui demander et même payer pour l'obtenir (6).

5° Enfin, il est permis et même ordonné au mari dont la femme n'est pas obéissante de la reléguer dans un lit à part, c'est-à-dire de suspendre pour elle le partage égal jusqu'à ce qu'elle se soumette à l'autorité maritale (7).

**192.** Ajoutons, pour finir sur ce sujet, que l'expression consa-

(1) Caussin de Percaval, *Hist. des Arabes*, t. III, p. 165.
(2) Texte, p. 17.
(3) *Hist. des Arabes*, t. III, p. 318.
(4) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 176.
(5) *Vie de Mohammed*, traduction de Desvergers, p. 96.
(6) Texte, p. 17.
(7) Sourate IV, v. 38. V. ci-après, n° 213.

crée (partage des nuits) est inexacte. Elle semble en effet limiter l'obligation du mari à un espace de temps compris entre le coucher et le lever du soleil, et lui laisser toute liberté pour le jour; or, c'est là une erreur : le partage produit ses effets pendant vingt-quatre heures, ainsi que l'explique sidi Khalil dans les termes suivants :

« Il est recommandé de commencer les fréquentations mari-
« tales par la nuit.

« Le mari n'entrera pas, pendant le jour, chez une de ses
« femmes autre que celle avec laquelle il a passé la nuit, à
« moins que ce ne soit pour affaires. »

C'est là une règle qui remonte au Prophète et qui rappelle l'épisode d'Hafsa et de Maria la Copte (1).

## SECTION II.

### ENTRETIEN.

**193.** Le mari est obligé de pourvoir à l'entretien de sa femme et des domestiques attachés à son service, quand même cette femme et ces domestiques n'appartiendraient pas à la religion musulmane. Cette obligation commence pour le mari à la célébration du mariage, elle se continue pendant l'union conjugale et subsiste même après la dissolution, dans quatre cas particuliers.

**194.** L'obligation d'entretenir la femme commence, avons-nous dit, à la célébration du mariage; tous les auteurs musulmans enseignent en effet, que, lorsque le mariage est seulement conclu, lorsque les époux ou l'un d'eux n'ont pas acquis l'âge de puberté (2), lorsque enfin le mari n'exerce pas encore l'autorité maritale, et que la femme n'est pas encore sous sa puissance, il n'est pas dû de frais d'entretien, et c'est là ce que constate sidi Khalil dans son texte serré : « Le mari pubère doit l'entretien à
« sa femme, lorsque celle-ci s'est donnée à lui (3). »

**195.** L'obligation continue pendant le mariage, parce que pendant toute sa durée, la femme est sous la puissance du mari ;

(2) Caussin de Perceval, *Hist. des Arabes*, t. III, p. 268.
(3) Hedaya, t. I, p. 392-394.
(4) Texte, p. 17.

aussi décide-t-on que le mari est tenu de pourvoir à l'entretien de sa femme, même lorsqu'il est malade, atteint d'impuissance, retenu prisonnier ou qu'il accomplit un pèlerinage. Il y est tenu également tant que la femme reste au domicile conjugal, quand même elle désobéirait à son mari, qu'elle deviendrait malade ou serait atteinte de vices de conformation qui autorisent l'exercice du droit d'option (1).

Mais si la femme abandonne le domicile conjugal, si elle est enlevée de vive force, si elle est emprisonnée à la suite de crime ou de délit, si elle se met en voyage ou se rend en pèlerinage sans le consentement du mari, elle ne peut rien réclamer à celui-ci pour son entretien pendant l'absence qu'elle a faite, parce qu'elle a manqué à ses devoirs, et que dans tous les cas, elle a été soustraite, par un fait étranger au mari, à l'autorité maritale.

**196.** L'obligation du mari subsiste aussi après la dissolution du mariage, mais alors seulement que la femme est en eudda, qu'elle est enceinte, qu'elle allaite l'enfant issu de son union ou qu'elle devient veuve.

Sidi Khalil dit, en ce qui concerne la femme en eudda (2) : « La femme a droit aux frais d'entretien pendant l'eudda, quand « même le mari ne la reprendrait pas. » Mais le texte ainsi formulé est trop général ; il faut le rapprocher d'une phrase précédente, et reconnaître avec tous les jurisconsultes (3) que la femme dont le mariage a été dissous par une répudiation irréversible ou définitive, ne peut pas réclamer d'entretien pendant l'eudda. Le Koran porte à la vérité : « Un entretien honnête est « dû aux femmes répudiées (4); » mais les commentateurs ont expliqué que ce verset ne s'appliquait qu'aux femmes répudiées par un ou par deux, à celles que le mari pouvait reprendre pendant l'eudda, sans même avoir besoin de leur consentement, et ils se sont fondés, pour donner cette interprétation, sur l'opinion de l'iman Chafeï et sur le hadits suivant rapporté par Katim bent Kays : « Mon mari m'avait répudiée trois fois, je me présentai

(1) Texte, p. 17-18.
(2) Texte, p. 18.
(3) Notamment Eschbach, *Droit musulman*, p. 108; Abou Chodja, p. 45.
(4) Sourate II, v. 242.

« au Prophète, et il ne m'accorda aucun droit ni pour le logement « ni pour l'entretien (1). »

Une autre difficulté s'est présentée. On s'est demandé s'il fallait accorder pendant l'eudda l'entretien à la femme qui avait, par son fait, amené l'annulation du mariage, et après controverses, les jurisconsultes ont admis qu'il y avait lieu de distinguer. Lorsque, ont-ils dit, la femme use d'un droit sans offenser le mari, par exemple lorsqu'elle a provoqué la nullité de son mariage en se fondant sur l'inégalité des conditions existant entre elle et son mari, sur des causes d'option, etc., elle peut réclamer ses frais d'entretien; mais si la femme a commis un crime, l'adultère, par exemple, ou un fait assimilé à un crime, tel que l'apostasie, le mari est déchargé vis-à-vis d'elle de toute obligation, à partir du moment où la séparation judiciaire a été prononcée (2) :

« La femme enceinte, porte le texte (3), recevra les frais « d'entretien, à partir du commencement de la grossesse;..... « mais lorsqu'elle sera séparée de son mari, elle ne recevra son « entretien que lorsque l'on se sera assuré de son état, lorsque, « l'enfant s'agitera dans son sein. » Ces règles ont été constamment appliquées par la jurisprudence, notamment par deux jugements du kadi d'Aumale en date des 26 février et 16 octobre 1860; par un jugement du kadi malékite d'Alger du 19 avril 1870, confirmé par arrêt de la Cour du 5 juillet suivant.

Le premier de ces jugements porte : « Laquelle (Anaya) s'est « présentée avec son ancien mari ben Aousi, par qui elle avait été « répudiée; elle a prétendu qu'elle était enceinte, fait qui a été « dénié par le mari, ce qui a mis en suspicion la sincérité de la « femme. Elle a donc été visitée par daux femmes, ainsi que cela « est prescrit par la loi : les nommées el Eudja bent Aïssa el « bou Arifi et el Sedjia bent Hissam el Meurmia, qui ont déclaré « qu'elle portait un enfant dans son sein. Après avoir entendu les « dires respectifs des parties, j'ai décidé, en m'appuyant sur le « texte du Cheikh es Settaï, » la femme a droit à une subvention « si elle est enceinte, et si sa grossesse est prouvée par le témoi- « gnage de femmes » que le défendeur ben Aousi payerait à sa

(1) Hedaya, t. I, p. 406.
(2) Hedaya, t. I, p. 407.
(3) Texte, p. 15.

« femme, à partir du jour du divorce, la somme de 4 douros « et 1 franc (21 francs) à la fin de chaque mois. » Le second jugement, celui du 16 octobre 1860, est conçu à peu près dans les mêmes termes; il s'appuie seulement sur un acte du kadi pour constater l'existence de la grossesse : « Sur quoi, ce « dernier a produit un acte revêtu de la signature du kadi de « l'époque constatant les preuves de l'existence de la grossesse. »

Le texte de sidi Khalil est également formel pour la femme qui allaite; il dispose : « Lorsque la femme nourrit au moment « de la répudiation, elle a droit aux frais d'entretien (1). » Et ce texte n'a fait que traduire en règle de droit le précepte du Koran (2) : « Les mères répudiées allaiteront leurs enfants deux ans « complets. Le père de l'enfant est tenu de pourvoir à la nour- « riture et aux vêtements de la femme d'une manière honnête. »

Quant à la veuve, elle puise son droit à l'entretien dans un verset du Koran (3) : « Ceux d'entre vous qui mourront laissant « après eux leurs femmes, assigneront à celles-ci un legs destiné « à leur entretien pendant une année et sans qu'elles soient obli- « gées de quitter la maison. »

**197.** Le mari doit donc pourvoir à l'entretien de sa femme, mais dans quelles limites? Les jurisconsultes ont d'abord établi en thèse générale que lorsque le mari était riche, il devait un entretien somptueux, et lorsqu'il était pauvre, un entretien suivant ses ressources. Puis Chafeï a posé des chiffres; il a dit : Le mari riche dépensera annuellement 1,000 dirhems et le pauvre 500 (4); mais ces chiffres ont été bien vite abandonnés, et l'on s'en est référé aux hadits dont l'un porte que « le Prophète conseilla à la « femme d'Ibn Sofian de modérer ses désirs, de borner son ambi- « tion et de se contenter de l'honnête entretien qu'assignait son « mari pour elle et pour ses enfants (5), » et dont l'autre est ainsi conçu : « Prenez, dit le Prophète à une femme qui vint le « consulter, prenez sur les biens de votre mari ce qui est néces- « saire à votre entretien et à celui de vos enfants, mais dans des

(1) Texte, p. 18.
(2) Sourate II, v. 233.
(3) Sourate II, v. 241.
(4) Hedaya, t. I, p. 394.
(5) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 179.

« conditions modérées (1). » Et l'on a donné à la loi la formule que sidi Khalil a reproduite dans son *Précis de jurisprudence* (2): « Le mari doit l'entretien suivant l'usage ordinaire, suivant sa « position et la condition de la femme, eu égard au pays où l'on « se trouve et aux prix des denrées. »

Dans les frais d'entretien sont compris les cosmétiques, le henné, l'huile pour la chevelure et le salaire de l'accoucheuse, mais non les médicaments (3).

**198.** Il est pourvu à ces frais, pendant le mariage, au fur et à mesure que les besoins se produisent, c'est-à-dire au jour le jour, et le mari a la faculté de s'acquitter envers sa femme en nature ou en argent; mais lorsque l'entretien est dû après la dissolution du mariage, alors que les époux ne vivent plus ensemble, les frais en sont fixés en argent et sont déterminés, suivant les circonstances, par jour, par mois, par année (4). Ils sont alors, en général, payables d'avance.

La fixation faite, que ce soit pendant le mariage ou après sa dissolution, n'engage pas l'avenir. En conséquence, le mari peut obtenir une réduction des frais d'entretien lorsque sa position de fortune diminue, comme il peut être contraint de les élever lorsque sa situation s'est améliorée (5). C'est ce que Sidi Khalil a voulu faire comprendre en disant (6) : « Il (le mari) peut opérer des variations dans sa dette. » Ces variations ne sont cependant autorisées qu'autant que les frais d'entretien restent assez élevés pour pourvoir aux besoins de la femme.

**199.** Le mari subvenant quotidiennement aux frais d'entretien, n'est jamais tenu, tant qu'il demeure avec sa femme, de fournir caution qu'il remplira plus tard exactement ses obligations; mais lorsqu'il manifeste le désir de s'éloigner pour accomplir le pèlerinage, par exemple, la femme peut exiger qu'il fasse l'avance de son entretien pour tout le temps que durera l'absence ou qu'il présente une caution (7) qui s'engagera personnellement à les acquitter aux époques qui seront déterminées.

**200.** Et si le mari ne pourvoit pas aux frais d'entretien, qu'il

(1) Hedaya, t. I, p. 392.
(2) Texte, p. 17.
(3) Texte, p. 17; *Jurisprudence conforme*, Médéa, 5 février 1865.
(4) Texte, p. 18.
(5) Hedaya. t. I, p. 398.
(6, 7) Texte, p. 18.

soit sur les lieux, en voyage ou qu'il ait disparu, la femme s'adressera au kadi ; elle prêtera serment qu'elle est sans ressource, et le juge l'autorisera, soit à acheter à crédit, soit à emprunter au compte du mari, soit à vendre tout ou partie des créances et des valeurs mobilières appartenant à son époux, et en cas d'insuffisance, il procédera même à la vente des immeubles (1).

Et si la réalisation de tous les biens du mari ne permet pas de lui assurer son entretien, la femme pourra demander et obtenir le divorce, ainsi que nous le verrons ci-après (2).

**201.** Voilà les droits de la femme fixés. Le mari doit lui payer tant par mois pour les frais d'entretien ; mais s'il ne les lui paye pas, s'il laisse accumuler les échéances et meurt, ou répudie restant devoir sept, huit, dix termes, la femme pourra-t-elle en réclamer le montant ? Il faut distinguer (3) : si les frais d'entretien ont été fixés d'un commun accord entre époux, la femme ne sera pas admise à se faire payer l'arriéré, parce que la loi considère, dans ce cas, l'absence de réclamations aux échéances comme un abandon fait au profit du mari. Si les frais ont, au contraire, été déterminés par jugement, la femme pourra poursuivre l'arriéré, parce que l'intervention du kadi fait disparaître la présomption en vertu de laquelle la femme est censée avoir, par affection pour son mari, renoncé à ses droits — Jugement du kadi Malékite d'Alger du 13 juillet 1870, confirmé par arrêt du 3 octobre suivant.

Et encore la demande, dans ce dernier cas, ne sera-t-elle recevable qu'autant qu'elle sera dirigée par la femme contre le mari, la loi n'ayant pas voulu que les créances de cette nature pussent être poursuivies par la succession de l'un des époux ou contre les héritiers de l'autre (4). Il est fait une exception cependant, celle où la femme serait débitrice de son mari ; dans cette hypothèse, on admet que la dette de la femme peut être compensée jusqu'à concurrence du montant de la pension arriérée due par le mari (5).

**202.** Supposons maintenant que la emme se soit fait faire des

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 180-181 ; Eschbach, *Droit musulman*, p. 108.
(2) Hedaya, t. I, p. 403-404, n°s 302 et suiv.
(3) Hedaya, t. I, p. 398.
(4) Hedaya, t. I, p. 399.
(5) Mouradja d'Ohsson, t. V, p 182.

avances pendant l'absence de son mari, par exemple, et que le mari revienne au domicile conjugal avant l'expiration du délai pour lequel ces avances ont été faites, aura-t-il le droit de se faire restituer la part afférente au temps restant à courir ? Il y a divergence entre les rites (1). Les Hanafites refusent au mari toute restitution, parce qu'ils considèrent les avances comme un don entre époux. Les Chafeïtes et les Malékites autorisent au contraire le mari à se faire restituer (2) les avances faisant double emploi avec l'entretien auquel il est tenu de pourvoir personnellement depuis son retour. Il y a donc lieu à restitution : « 1° lorsque la femme meurt ayant encore une partie des frais qui lui ont été avancés ; 2° lorsqu'il est constaté qu'elle s'est fait attribuer des avances pour une grossesse supposée ; 3° lorsqu'il est établi qu'elle a induit le kadi en erreur et qu'elle a affirmé que son mari la laissait sans ressources, alors qu'elle a constamment reçu ce qui était nécessaire à ses besoins. En cas de contestatiou pour savoir si le mari a envoyé et si la femme a reçu les frais destinés à son entretien, les époux seront appelés à faire leurs justifications, et en l'absence de preuves, le kadi s'en référera à la déclaration du mari, à moins que la femme n'ait déposé une plainte entre les mains du kadi, parce que le dépôt de cette plainte fait tomber la présomption que le mari a pourvu à ses obligations (3). »

**202.** L'obligation d'entretien cesse :

1° Par la mort de la femme ;

2° Par l'expiration de l'eudda, de la grossesse ou de l'année de veuvage ;

3° Par la répudiation définitive (4) ou l'accusation de l'adultère (5), parce que, dans ces deux cas, la femme est immédiatement soustraite à la puissance maritale, et, en ce qui concerne l'accusation d'adultère, parce qu'elle établit que la grossesse n'est pas l'œuvre du mari ;

4° Par le refus de cohabitation (6) opposé par la femme, ou par son abandon du domicile conjugal ; la suppression des

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 399.
(2) Hedaya, t. I, p. 400.
(3) Texte, p. 19.
(4) Texte, p. 18 ; Eschbach, *Droit musulman*, p. 108 ; Abou Chodja, p. 45.
(5) Texte, p. 18.
(6) Texte, p. 18.

frais d'entretien est alors une peine infligée à la femme pour avoir manqué à ses devoirs ;

5° Par l'état de gêne survenu dans la situation du mari (1).

Une différence d'opinion s'est produite sur les conséquences de cet état de gêne ; les Hanafites et les Malékites pensent que la femme ne doit pas profiter de l'infortune du mari pour demander le divorce ; ils l'engagent à venir à son aide et à partager avec lui ses ressources personnelles, sauf à se faire restituer plus tard les sommes qu'elle aurait avancées, ce qui aura lieu, dit sidi Khalil, lorsque les dépenses auront été faites dans une limite raisonnable (2).

Chafeï est d'une opinion différente ; il prétend que l'entretien de la femme étant d'obligation étroite, il y a lieu à séparation (divorce par autorité de justice) dès que le mari se trouve dans l'impossibilité d'y pourvoir et, en conséquence, que l'état de gêne dans lequel tombe le mari doit toujours et nécessairement entraîner la dissolution du mariage.

**204.** Tels sont les principes généraux en matière d'entretien ; mais la loi entre dans des détails sur lesquels il convient de nous arrêter quelques instants. Elle comprend, sous la dénomination générale d'entretien : la nourriture, l'habillement et l'habitation, et elle édicte pour chaque matière des dispositions prises pour la plupart dans le Code rabbinique (3).

Le mari doit comme règle générale, c'est le texte (4) qui prend soin de le dire, « la nourriture à sa femme, même si elle est d'un « appétit extraordinaire. Pour la femme qui nourrit, les aliments « seront augmentés.

« Quant à la femme malade ou à celle qui a un médiocre « appétit, elle n'a droit qu'à ce qu'elle peut consommer. »

Puis entrant dans les détails, sidi Khalil continue : « Le mari doit fournir l'huile, le sel et la viande alternativement ; » mais cette énumération n'est point limitative ; le kadi de Mascara, par jugement du 26 octobre 1864, confirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 18 janvier 1865, a condamné un mari à fournir à sa

(1) Texte, p. 19.
(2) Texte, p. 19.
(3) Sautayra et Charleville. *Code rabbinique*, t. II, p. 44-50-62.
(4) Page 17.

femme pour sa nourriture, chaque mois, deux grands sacs d'orge (40 kilog. environ), la même quantité de blé, deux doueras de mouton (environ le quart), une livre de savon à laver, un quart de livre d'huile et deux charges de bois à brûler.

Et le kadi d'Oran, par jugement du 3 mars 1865, a posé en principe « qu'il appartenait au kadi de fixer la quantité de « fournitures qui doivent être faites à la femme, et ce, selon les « époques de l'année, le prix courant des denrées et la localité « qu'occupent les époux. »

Le texte ajoute (1) : « Le mari doit obligatoirement : les gages « des gens de service à l'usage de la femme, si sa condition le « comporte, » et il termine en consacrant le droit pour la femme de choisir la domestique qui lui convient le mieux, à moins toutefois que le mari n'ait un juste motif de craindre que cette domestique ne détourne sa femme de ses devoirs d'épouse.

**205.** En ce qui concerne l'habillement, le mari d'après le texte, est tenu de fournir à sa femme deux vêtements, un pour l'été et un pour l'hiver (2). Les cosmétiques indispensables, tels que le kohl, le henné, la pommade ou l'huile pour la chevelure (3); mais son obligation ne s'étend pas au vêtement de soie ou de sortie, considéré comme objet de luxe.

Le kadi de Mascara accorde à la femme par le jugement cité au numéro précédent, chaque mois, une mélahfa (pièce d'étoffe dont on s'enveloppe le corps), une chemise, une paire de babouches, un mouchoir, un kenbouch (étoffe dont on s'enveloppe la tête) et une benika (coiffure). D'autres kadits ont condamné des maris à fournir à leurs femmes des vêtements en plus ou moins grand nombre, suivant les circonstances ; nous croyons donc devoir rappeler, avec le kadi d'Oran, que la règle posée par sidi Khalil n'est pas obligatoire, que les décisions rendues sont toutes des décisions de fait, et que le seul principe aujourd'hui admis est celui qui laisse au kadi le soin de déterminer l'obligation du mari, eu égard à sa position de fortune, à la condition de la femme et suivant les usages du pays.

Disons cependant que la femme a droit à un vêtement, lorsque

(1) Texte, p. 18.
(2) Texte, p. 18.
(3) Texte, p. 17.

son mari se sépare d'elle par la répudiation et qu'elle est enceinte (1).

Les vêtements reçus par la femme sont à sa charge, en ce sens qu'elle en est responsable et que le mari n'est pas tenu de les remplacer, à moins qu'elle ne prouve que la perte ne peut lui être imputée.

**206.** La législation juive imposait au mari l'obligation de fournir à sa femme un logement composé au moins d'un vestibule et d'une chambre de quatre coudées (2). La loi musulmane n'a pas reproduit cette disposition ; elle exige seulement, en se fondant sur l'exemple du Prophète, que le mari qui a plusieurs femmes fournisse à chacune d'elles une habitation séparée. Sidi Khalil ajoute que le mari doit une natte ou un lit, suivant les circonstances. Mais la jurisprudence n'a pas considéré cette indication comme limitative ; elle a admis, comme pour la nourriture et l'habillement, que le juge devait se déterminer suivant les circonstances, et le kadi de Tlemcen n'a pas hésité à prononcer le divorce le 14 novembre 1864, en se fondant sur ce que le logement que le mari fournissait à sa femme n'était pas convenablement meublé.

La question du logement de la femme pendant l'eudda peut se compliquer par la saisie de la maison, sa vétusté, l'expiration du bail, un mauvais voisinage, etc. Nous verrons au chapitre relatif à l'eudda comment les jurisconsultes musulmans ont résolu ces difficultés.

## SECTION III.

### MAUVAIS TRAITEMENTS.

**207.** Le Koran a recommandé aux hommes de traiter leurs femmes honnêtement (3), d'être bons dans leurs procédés envers elles (4), et Mahomet, dans son discours du djebel Arafat (5), a rappelé ces préceptes en disant : « Traitez-les avec bonté et affection. » Le mari doit donc se garder d'injurier sa femme, soit

(1) Texte, p. 18.
(2) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique,* t. II, p. 62.
(3) Sourate II, v. 229-231.
(4) Sourate IV, v. 23.
(5) Caussin de Perceval, *Hist. des Arabes,* t. III, p. 303.

dans sa personne, soit dans la personne de son père ou de sa mère, de se porter envers elle à des invectives ou des voies de fait. Le Koran porte cependant : « Si vos femmes sont désobéissantes, vous les battrez. » Et Mahomet, au djebel Arafat, rappelle ce pouvoir. « Si elles manquent à leur devoir, Dieu vous permet de les battre. » Mais les commentateurs ont expliqué que ce pouvoir donné aux maris était limité aux coups portés sans violences et qui ne laissent point de traces, et n'occasionnent ni blessures, ni contusions.

« Si un mari, dit Cheik el Derderi, un des commentateurs de « sidi Khalil, frappe légèrement sa femme, et qu'il ait intérêt à « le faire, cela lui est permis ; mais s'il lui porte des coups vio- « lents, s'il lui fait des contusions ou des blessures, il outre-passe « ses droits et manque à ses devoirs. »

« Il est défendu, dit aussi Abd el Baki, de frapper sa femme « avec violence, quand même on soutiendrait que c'est le seul « moyen de la faire rentrer dans ses devoirs ou d'empêcher sa « fuite. »

Et cette interprétation a été consacrée par une jurisprudence constante, notamment par un jugement du kadi d'Aumale du 3 mars 1861, rejetant une demande en divorce pour ce motif « que le mari n'avait point frappé sa femme avec violence, qu'il ne lui avait porté qu'un léger coup du revers de sa main ; »

Par un arrêt de la Cour d'Alger du 16 juin 1863 constatant dans ses motifs « que les coups seraient insuffisants s'ils n'a- « vaient occasionné ni souffrances ni blessures, et s'ils n'avaient « pas non plus laissé de traces sur le corps de la femme ; »

Par un second arrêt du 28 juin 1865 qui a maintenu le divorce prononcé par un kadi contre un mari qui, ayant surpris sa femme en flagrant délit d'adultère, l'avait frappée et lui avait occasionné deux blessures assez légères au nez et à la lèvre supérieure.

**208.** Lorsque le mari manque à ses obligations ; qu'il se rend coupable d'injures, de sévices ou de coups, la femme a le droit d'obtenir contre lui le divorce (1). Elle s'adresse, à cet effet, au kadi, qui statue immédiatement ou qui ordonne, comme mesure provisoire et d'instruction, que les époux seront mis en surveil-

(1) Ci-après, nos 299 et suiv.

lance chez des personnes honorables qu'il désigne et aux frais du mari (kadi de Dellys, jugement du 9 février 1868), et la décision n'intervient que sur le rapport des tiers chargés de la surveillance.

Cette procédure est très-fréquemment employée par les kadis. En voici un exemple : c'est un jugement rendu par le kadi de Mostaganem le 22 novembre 1861.

« *Louange à Dieu !*

« La dame Kheira bent Ahmed ayant porté plainte au kadi de « ce qu'elle subissait de mauvais traitements de la part de son « mari Mahi Eddine Ould Dahman, lui exposa qu'il ne se condui- « sait pas comme un époux doit le faire.

« Le kadi, après avoir entendu les dires de la femme, a cru « convenable de les loger chez Mohamed ben el Mecherfi et de « charger le nommé Djilali ben Dahan, homme très-probe, de « surveiller lesdits époux pour connaître à qui incombait le « tort de la femme ou du mari, comme le prescrit Obédia « Khélil, qui dit que si le mari et la femme vivent en mauvaise « intelligence et sans tranquillité, le kadi nommera un individu « pour surveiller leurs mouvements, de manière à pouvoir ren- « dre compte sur qui retombent les torts.

« En effet, les époux sont allés habiter la maison désignée « plus haut et, de temps à autre, la personne chargée de les « surveiller a accompli son mandat jusqu'au moment où il s'est « aperçu que ledit Mahi Eddine frappait sa femme, qu'il l'in- « sultait, ainsi que ses parents, la laissait sans aliments et sans « aucune ressource, que le tout était visible.

« Les susdits Mohammed ben Mohamed el Cherfi et Djilali « ben Dahan ont comparu devant le kadi et ont déclaré et cer- « tifié que Mahi Eddine avait frappé sa femme, l'avait insultée « et l'avait laissé manquer de tout.

« Les témoins sont dignes de foi et connus de tout le monde.

« Le kadi fait observer que ces déclarations sont conformes à « la loi ; il interpelle la femme Kheira et lui laisse le choix de « rester avec son mari ou de divorcer. Kheira a répondu qu'elle « choisissait le divorce, et le kadi a ainsi jugé (1). »

(1) V. ci-après, n° 318.

**209.** Et si l'affaire est difficile à éclairer, si malgré la mise en surveillance le kadi n'est point fixé et ne se trouve pas en état de statuer, il renverra les époux devant arbitres en exécution du précepte du Koran (1).

« Si vous craignez une scission entre les deux époux, appelez « un arbitre de la famille du mari et un autre choisi dans la fa- « mille de la femme. » Les arbitres ainsi nommés doivent chercher à concilier les époux. Il est de leur devoir, dit el Téoudi (2), de faire tous leurs efforts pour les ramener ; ils doivent les prendre en particulier et leur dire : « Que reproches-tu à ton « mari ? ou : Que reproches-tu à ta femme ? Si tu veux demeurer « avec elle (ou avec lui), nous te la (ou te le) rendrons raison- « nable. »

Et si la conciliation est impossible, les arbitres prononcent : ce qu'ils ordonnent sera exécuté, sans que les époux puissent y former opposition (3), parce que, dit Ibn Rouchd, les arbitres ne jugent pas d'après des témoignages, mais bien d'après leur conscience et la connaissance personnelle qu'ils ont acquise par suite de l'examen auquel il se sont livrés des relations existant entre les deux époux.

Les époux peuvent, d'un commun accord, choisir eux-mêmes les arbitres chargés de prononcer entre eux et leur donner la même mission que le kadi pourrait leur confier ; mais dans ce cas, les arbitres sont révocables à la volonté des époux et leur décision peut n'être pas toujours sanctionnée par la justice.

« Spécialement s'ils déclarent qu'il y a lieu à divorce, mais « qu'ils ne soient pas d'accord sur la compensation à payer ou « qu'ils ne mettent pas cette compensation à la charge formelle « de la femme, le divorce ne sera pas encouru parce qu'il n'est « pas régulier, et, de plus, la décision arbitrale n'entraînera pas « pour le mari l'obligation de dissoudre son mariage par la ré- « pudiation (4). »

Les règles que nous venons d'exposer sommairement ont reçu quelques modifications. Sidi Khalil nous apprend que, de son

(1) Sourate, IV, v. 30.
(2) *Commentaire sur Mohammed Assem*, traduction de Bourdens Lasalle, ch. XI.
(3) El Téoudi, *Mohammed Assem*, ch. XI.
(4) Texte, p. 20, et ci-après, n° 318.

temps, le choix des arbitres pouvait porter sur des voisins (1) et non plus exclusivement sur des parents de l'un ou l'autre des époux, et, de plus, que la décision arbitrale ne devenait exécutoire qu'après avoir été revêtue de l'ordonnance du juge. Les arbitres, porte le texte, viendront trouver le kadi, ils l'informeront de leur décision et il rendra cette décision exécutoire.

Depuis lors, les kadis ont cherché à conserver la connaissance de toutes les difficultés qui s'élèvent entre époux ; ils ne nomment donc plus d'arbitres, ils mettent les époux en surveillance et statuent ensuite, sauf recours devant le juge du second degré. C'est là du moins ce qu'il résulte de l'étude attentive des documents judiciaires qui ont passé par nos yeux et des renseignements que nous avons puisés auprès de nombreux magistrats musulmans (2).

## SECTION IV.

### VISITES.

**310.** Les dangers qu'entraîne avec elle la vie cloîtrée ont fait introduire dans la législation le droit pour la femme de recevoir ses père et mère et d'aller chez eux. Cet échange de visites peut avoir lieu aussi fréquemment que les parties le désirent, à moins que le mari n'ait un juste sujet de crainte pour l'honneur de sa femme et la paix de son intérieur ; dans ce cas, la loi décide que les fréquentations pourront n'avoir lieu qu'une fois par semaine, et même en présence d'une tierce personne (3). Le mari est tenu également de laisser sa femme recevoir les enfants qu'elle aurait eus d'un précédent mariage et dont il ne se serait point chargé. En cas de difficultés sur ce point, le kadi sera appelé à statuer ; mais la loi resserre son action dans des limites assez étroites. Elle dispose, en effet : « Pour les jeunes enfants, il leur sera accordé, « par jugement, de voir leur mère une fois par jour, et pour les « grands, une fois par semaine (4). » Cette règle est également applicable aux ascendants ; le kadi malékite d'Alger l'a, en effet,

(1) Texte, p. 20.
(2) Ci-après, n° 321.
(3) Texte, p. 20.
(4) Texte, p. 20.

appliquée le 1er mars 1872, en ordonnant que la femme Fatma pourrait rendre visite à sa fille tous les vendredis, mais en présence du mari de cette dernière.

Les textes sur lesquels nous venons de nous appuyer ne parlent que des enfants et des père et mère ; mais la jurisprudence les a étendus aux proches parents, à ceux devant lesquels une femme n'est pas tenue de se voiler, c'est-à-dire à ceux qu'il leur est défendu d'épouser. Et, par suite de cette interprétation, le kadi de la 3e circonscription judiciaire d'Alger a, par jugement du 13 février 1871, ordonné que la femme Néfissa serait tenue de réintégrer le domicile conjugal, avec faculté pour son oncle de lui rendre visite tous les vendredis, en présence du mari.

**211.** Mais le droit de la femme peut être plus étendu, par suite des usages locaux ou des stipulations contenues dans le contrat de mariage.

*Usages locaux.* — Un mari ayant fait comparaître sa femme devant le kadi de Constantine et lui ayant reproché de recevoir chez elle des femmes qui n'étaient pas ses parentes et de se laisser aller à leurs mauvais conseils, répondit :

« Quant aux femmes dont mon mari prétend que je subis l'influence, les unes sont mes parentes, les autres sont à mon service ou au service de mes ascendants, et je les reçois conformément aux usages en vigueur dans les grandes familles de la ville, dans les familles qui occupent un rang élevé et jouissent d'une considération parfaitement assise.

**212.** *Stipulations particulières.* — Les époux sont autorisés à stipuler dans leur contrat de mariage que la femme aura le droit de recevoir telle ou telle personne déterminée, à tels jours ou à sa volonté, et, lorsqu'une pareille stipulation a été consentie, le mari est tenu de s'y soumettre, quelles que soient du reste les conséquences que cette fréquentation amène par la suite.

Le kadi de Constantine l'a consacré par un jugement du 27 juillet 1861, portant :

« La femme Daïkha ne pourra recevoir des visites que du con-
« sentement de son mari, à l'exception toutefois de la femme
« Yamina bent Kassia, au sujet de laquelle une réserve expresse
« est insérée dans le contrat de mariage et qui pourra entrer chez

« Daïkha et lui rendre visite, sans que son mari puisse s'y op-
« poser. »

Ce droit de fréquentations ou de visites avait pris à Alger des proportions considérables, s'il faut s'en rapporter à Fray Diégo de Haëdo : « La seconde occupation des femmes, dit-il (1), consiste « à aller chez leurs amies et à se visiter continuellement les unes « les autres, passant toute la journée à courir de maison en « maison pour se faire des invitations réciproques. Sur le cha- « pitre des visites, il n'y a pas de mari qui, malgré son désir, « puisse y mettre obstacle, bien que tous sachent que, sous ce « prétexte, elles commettent de nombreuses iniquités. Mais si on « voulait les brider là-dessus, elles rompraient aussitôt leur « mariage. »

Quoi qu'il en soit, le mari est tenu de respecter les droits que la femme tient à ce sujet de la loi ou du contrat de mariage, et s'il voulait s'engager par serment à y mettre obstacle, il se rendrait parjure (2) et s'exposerait à la dissolution forcée de son union.

## SECTION V.

### OBÉISSANCE DE LA FEMME.

**212.** L'obligation pour la femme d'être soumise à l'autorité du mari est écrite dans le Koran.

« Les maris ont le pas sur leurs femmes (3). Les hommes sont « supérieurs aux femmes à cause des qualités par lesquelles « Dieu a élevé ceux-là au-dessus de celles-ci. Les femmes ver- « tueuses sont obéissantes et soumises (4). »

Et quand la femme manque à ses devoirs, qu'elle se refuse à son mari, qu'elle s'insurge contre sa volonté, qu'elle fait ce qui lui est défendu ou qu'elle ne fait pas ce qui lui est commandé, le mari a le droit de la réprimander, de la priver de l'égalité des nuits et même de la frapper.

Le Koran dispose en effet (5) : « Vous réprimanderez celles dont

(1) Traduction de Monneron et Berbrugger, *Revue africaine*, mai 1871.
(2) Texte, p. 20.
(3) Sourate II, v. 228.
(4) Sourate IV, v. 38.
(5) Sourate IV, v. 38.

« vous aurez à craindre la désobéissance, vous les reléguerez « dans des lits à part, vous les battrez; mais dès qu'elles vous « obéissent, ne leur cherchez pas querelle. » Sidi Khalil a rappelé « ces préceptes et en a fait dans son *Précis de jurisprudence* « des règles de droit (1).

## SECTION VI.

### DOMICILE CONJUGAL.

**214.** La loi pose en principe : 1° que la femme est tenue d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider, pourvu que le lieu choisi soit placé sous la juridiction d'autorités constituées. — Kadi de Constantine, 15 mai 1866 ; Cour d'Alger, 11 décembre 1866;

**215.** 2° Que sur son refus de satisfaire à cette obligation, la femme peut y être contrainte par la force. — Kadi de Mostaganem, 2 octobre 1866 ;

**216.** 3° Et que cette contrainte peut être exercée par provision, en vertu du jugement rendu et nonobstant l'appel interjeté par la femme.

« L'épouse, porte un jugement du kadi de Constantine du « 27 juillet 1861, peut être valablement contrainte à réintégrer « le domicile conjugal et à se mettre sur-le-champ à la disposition de son époux, et ce, lors même qu'elle aurait interjeté « appel d'un jugement qui aurait été rendu contre elle ; car, en « tout état de cause, le point essentiel est de maintenir intacts « les principes de la loi. »

« L'épouse, dit également un jugement rendu par le kadi de « Blida à la date du 20 juin 1871, sera tenue de réintégrer le « domicile conjugal, et le présent jugement pourra être mis im« médiatement à exécution quand même appel serait interjeté. »

**217.** La femme ne saurait se soustraire à l'obligation d'habiter avec son mari et de le suivre dans les diverses localités où il établit son domicile, en prétextant :

1° Que son père la réclame. — Kadi d'Alger, 8 juin 1865 ; Cour d'Alger, 14 novembre 1866 ;

(1) Texte, p. 20. V. ci-dessus n°s 207 et suiv.

2° Quelle veut rester près de sa mère s'il n'y a pas eu de stipulations à ce sujet dans le contrat de mariage. — Kadi de Mostaganem, 14 mai 1866;

3° Que le domicile choisi par le mari est bien éloigné de celui habité par ses parents. — Kadi de Constantine, 1er mars 1866; Cour d'Alger, 14 novembre 1866;

4° Qu'elle ne veut pas quitter la ville où elle est née (sauf conventions contraires). — Kadi de Constantine, 7 juin 1863; kadi de Mostaganem, 12 juin 1867;

5° Qu'elle n'entend pas retourner dans son pays natal qu'elle a quitté avec son mari. — Kadi de Constantine, 19 août 1862; Cour d'Alger, 11 juin 1863;

6° Qu'elle a été élevée à la ville et qu'elle ne saurait vivre à la campagne. — Medjlès de Constantine, 6 janvier 1861; kadi de Mostaganem, 30 juillet 1866;

7° Que le climat du lieu où son mari a établi son domicile est contraire à sa santé. — Kadi d'Alger, 3 décembre 1362;

8° Que le domicile n'est pas dans une localité sûre, alors que cette localité est soumise à une juridiction régulière et qu'elle est administrée par des fonctionnaires administratifs. Voici les deux jugements que nous avons relevés à ce sujet :

« Attendu que cette localité (environs de Constantine) est placée sous l'autorité de magistrats qui rendent la justice et de fonctionnaires qui l'administrent. — Kadi de Constantine, 4 octobre 1855; Cour d'Alger, 15 mai 1866;

« Attendu que Baïa a habité Aïn Beïda pendant six ans; que « cette localité est soumise à la juridiction de magistrats judi- « ciaires et de fonctionnaires administratifs; qu'elle est pourvue, « de plus, de maisons habitables; que dès lors Baïa n'a pas de « raison pour refuser d'aller partager le domicile de son mari « établi dans cette localité. » — Jugement du kadi de Constantine du 2 février 1867, confirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 26 juin suivant;

9° Qu'elle déteste son mari..., que la vie commune lui est insupportable. — Kadi de Constantine, 29 juillet 1863; Cour d'Alger, 31 mai 1864; kadi de Mascara, 8 juin 1865;

10° Que son mari ne pourvoit pas à ses besoins. — Kadi de Guelma, 8 octobre 1863; kadi de l'Edough, 12 mars 1864; Cour

d'Alger, 25 juillet 1864 ; kadi de la Calle, 10 janvier 1864 ; de Mostaganem, 28 novembre 1865 ; Cour d'Alger, 29 septembre 1866 ;

11° Que son mari a vendu ses bijoux. — Kadi d'Alger, 11 juillet 1865 ;

12° Qu'elle ne peut arriver à se faire payer ce qui lui reste dû sur sa dot. — Kadi de Constantine, 29 juillet 1863 ;

13° Qu'elle est restée plusieurs années chez son frère qui a pourvu à son entretien. — Kadi de Médéa, 24 octobre 1865 ; Cour d'Alger, 6 mars 1866 ;

14° Qu'elle reçoit des coups (sauf preuve). — Kadi de Médéa, 22 mars 1865 ; Cour d'Alger, arrêt du 31 janvier 1870 ;

15° Qu'elle est l'objet de mauvais traitements (lorsqu'elle n'en justifie pas). — Kadi d'Alger, 8 décembre 1863 ; Cour d'Alger, 13 mai 1864 ;

16° Qu'elle a un compte d'intérêts à régler avec son mari. — Kadi de Constantine, 27 juillet 1871 ;

17° Que le mariage n'a été qu'un acte simulé dans le seul but de la faire sortir de la maison de tolérance où elle se trouvait, et de la soustraire aux recherches de la police. — Kadi de Blida, 22 novembre 1868 ; Cour d'Alger, 22 février 1869.

**218.** L'obligation pour la femme de suivre son mari et d'habiter avec lui n'est cependant pas absolue. Aux termes d'un jugement du kadi d'Alger du 9 mai 1862, confirmé le 30 juillet suivant par la Cour d'Alger, le mari ne peut contraindre sa femme à habiter avec lui que s'il n'exerce pas envers elle de mauvais traitements. « Que, dans le cas actuel, porte le jugement, la mauvaise « conduite du mari à l'égard de sa femme est établie par des « preuves testimoniales, par son absence pendant un long espace « de temps, par l'abandon ou il l'a laissée à son départ, etc... »

Mais en dehors des faits qui constituent une faute grave à l'encontre du mari, la femme peut refuser légalement de suivre son mari lorsqu'il veut la conduire dans une localité où la justice n'a pas cours, parce qu'alors là elle serait à la discrétion de son mari (kadi malékite d'Alger, 22 juin 1872 ; arrêt confirmatif du 8 juillet suivant), ou lorsqu'il a été fait des stipulations à ce sujet. La loi autorise, en effet, les époux à prendre dans leur contrat de mariage l'engagement d'habiter avec les parents de la femme (kadi de la 3e circonscription de Constantine, 10 mars

1866; Cour d'Alger, 14 novembre 1866), ou dans une tribu, déterminée (kadi d'Aumale, 12 novembre 1864), dans une ville, à l'exclusion de la campagne (kadi d'Alger, 9 août 1862; kadi de Mostaganem, acte de 1865), dans une smala de spahis (53ᵉ circonscription d'Oran, 4 avril 1863 ; Cour d'Alger, 7 novembre 1863), au village nègre (kadi d'Oran, 22 juillet 1864, etc., etc.), et elle dispose que la femme ne pourra pas être contrainte d'aller habiter un domicile autre que celui qui aura été ainsi fixé à l'avance.

Le kadi de Bône a même jugé, le 9 septembre 1862, que le fait seul par le mari d'épouser une femme de la ville et de lui consentir la dot ordinaire des femmes de sa condition suffisait, en l'absence de toute stipulation, pour établir que le domicile conjugal ne pouvait être transporté à la campagne que du consentement de la femme; mais cette décision nous paraît fort critiquable. Elle est en opposition formelle avec toute la jurisprudence que nous avons recueillie sur la matière; il est admis en effet :

1° Que les stipulations, pour pouvoir être opposées par la femme, doivent être insérées dans le contrat de mariage (kadi de Constantine, 18 mars 1867); qu'un acte de notoriété est insuffisant pour constater l'engagement pris par le mari de conserver son domicile dans un lieu déterminé, alors surtout que les témoins qui ont comparu dans cet acte ont été récusés. — Kadi d'Orléansville, 29 avril 1864;

2° Que la femme n'est plus recevable à se prévaloir des stipulations contenues dans son contrat de mariage lorsqu'elle a consenti précédemment à habiter un domicile autre que celui désigné. Ainsi le kadi de Tlemcen a, par jugement du 11 avril 1864, repoussé la demande d'une femme Daoudia demandant à demeurer dans la ville, ainsi que cela avait été convenu lors du mariage, en se fondant sur ce que le mari était cultivateur, qu'il habitait dans la banlieue, que sa femme l'y avait suivi, qu'elle avait habité avec lui volontairement pendant plusieurs mois, et qu'elle avait, par suite, renoncé à la stipulation faite lors du mariage. — Dans le même sens : kadi de Cherchell, 5 septembre 1866; Cour d'Alger, 15 septembre et 27 novembre 1866. — Il en serait différemment si la femme n'avait fait à son mari dans son nouveau domicile qu'une simple visite. — Kadi de Mostaganem, 5 octobre 1865;

3° Que le mari peut changer de domicile conjugal et contraindre sa femme à l'y suivre, malgré les stipulations du contrat de mariage, lorsque le lieu désigné dans ce contrat est compromettant pour l'honneur de la femme (1).

« Attendu, porte un jugement du kadi d'Oran du 6 mars 1864, « que d'après la loi musulmane, le mari est toujours libre d'exi- « ger que sa femme le suive si l'endroit où elle demeure offre « des inconvénients semblables à ceux dont excipe le mari ; »

4° Que le mari peut également contraindre sa femme à le suivre malgré toutes stipulations contraires, lorsque son changement de domicile lui est imposé pour l'exercice de ses fonctions. C'est ce qu'à décidé la Cour d'Alger par son arrêt du 10 mai 1869.

« Après que ce mariage a été conclu et a reçu son caractère « obligatoire, le père de l'épouse a imposé cette clause à l'époux, « qu'il n'emmènerait pas sa femme du Haouch beni Tamou, si ce « n'est de son propre consentement, et s'il lui arrive de forcer « sa volonté, elle sera, par ce seul fait, libre de se divorcer si cela « lui convient.

« Attendu que si en droit musulman cette clause est licite et « obligatoire, la violation de cette convention ne saurait donner « lieu à une demande en divorce que dans le cas où le mari « aurait, volontairement ou par caprice, manqué à ses engage- « ments ;

« Qu'il est démontré, au contraire, qu'en quittant le domicile « de son beau-père pour aller s'établir dans la circonscription où « il exerce les fonctions de bach-adel, il n'a fait que se confor- « mer aux ordres de ses supérieurs ;

« Qu'il y a lieu dès lors de confirmer le jugement rendu par le « kadi d'Alger et d'ordonner que la femme sera tenue de suivre « son mari au nouveau domicile de ce dernier.

« Par ces motifs, etc. »

**219.** Dans tous les cas, la femme peut refuser d'habiter avec les parents de son mari. C'est le texte formel de sidi Khalil (2), consacré par une jurisprudence constante.

Et par parents, on entend plus particulièrement ceux qui ont

(1) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. II, p. 64.
(2) Texte, p. 20

ou peuvent avoir une grande autorité morale, c'est-à-dire le père et la mère.

C'est ainsi que, par jugement du kadi de Dellys du 13 juin 1863, confirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 27 octobre suivant, une femme a été condamnée à réintégrer le domicile conjugal, mais à la condition et moyennant l'offre que ce domicile serait autre que celui du père du mari ; et que le kadi d'Alger a, suivant jugement du 19 avril 1864, confirmé le 27 juin 1865, autorisé une femme mariée à ne pas habiter avec son mari, tant que celui-ci n'aurait d'autre domicile que celui de sa mère. Voici les termes de ce dernier arrêt :

« Attendu que d'après les dispositions de la loi musulmane, la « femme ne peut être contrainte de partager le domicile de son « mari lorsque ce domicile est en même temps celui des parents « de ce dernier ;

« Attendu que ce principe est formulé dans les termes suivants, « par sidi Khalil, l'un des commentateurs les plus respectés et les « plus accrédités de ladite loi, l'épouse peut se refuser à habiter « avec les parents de son mari ;

« Attendu qu'il n'est pas contesté dans la cause que le domi- « cile de Mohamed ben Ahmed est, en même temps, celui de sa « mère ;

« Que de ce fait seul découlerait la légitimité de la demande « de Aïcha bent Ali Baba, alors même qu'elle ne serait pas fondée « à se plaindre des mauvais traitements de sa belle-mère. »

C'est là une jurisprudence constante.

Une disposition analogue existait dans la loi juive (1) et Maïmonides nous apprend que l'expression *parents* s'appliquait principalement à ceux qui, par leur position dans la famille, étaient portés le plus souvent à troubler la paix du ménage, c'est-à-dire à la belle-mère et aux belles-sœurs.

**220.** Toutes les fois que la femme quitte son mari sans motifs, ou refuse de le suivre, il y a lieu à réintégration du domicile conjugal, et nous rappelons ce que nous avons dit en commençant, que le juge a le droit de contrainte et qu'il peut l'exercer par provision.

(1) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. II, p. 63.

Il y a lieu également à réintégration immédiate, lorsque la femme mise en surveillance a abandonné le domicile que le kadi lui avait assigné. Le fait seul de l'abandon suffit pour constituer la femme en faute, pour lui faire perdre les droits qui résulteraient pour elle de la mise en surveillance et la replacer sous l'autorité maritale. Et par application de cette règle, le kadi de la 36e circonscription judiciaire d'Alger a, par jugement du 1er juillet 1865, confirmé le 19 décembre suivant, condamné une femme qui avait quitté le domicile conjugal à le réintégrer. Le kadi de Milianah a rendu, le 9 juillet 1865, une décision analogue à l'égard d'une femme qui avait abandonné le domicile d'observation et avait ensuite pris la fuite.

## SECTION VII.

### TRAVAIL DE LA FEMME.

**221.** Le texte porte : « Lorsque la condition sociale de la « femme ne comporte pas un service de domestique, elle doit « faire le ménage, pétrir le pain, balayer et s'occuper des choses « de son intérieur ; elle n'est pas tenue de filer ni de tisser (1). » C'est la consécration d'usages admis par les anciennes coutumes arabes.

Une disposition de même nature existait dans la loi juive ; mais elle était plus générale, plus étendue, et revêtait un caractère différent. Elle était plus générale en ce sens que le travail, au lieu d'être imposé seulement aux femmes qui n'ont pas de domestiques, était obligatoire pour toutes. « Quelle que soit la position « de fortune du mari, disait la Michna, la femme devra toujours « se livrer à un travail quelconque ; elle ne peut rester oisive, « car, ajoutait le livre de la tradition, l'oisiveté conduit au vice, « à la débauche. » Elle était plus étendue, parce que la femme juive était tenue, en dehors des travaux exigés de la femme arabe, de filer la laine et de s'acquitter du service relatif à la personne du mari (2). Enfin, elle avait un caractère différent puisque le travail de la femme juive devait être productif, tandis

(1) Texte, p. 21.
(2) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. II, p. 73-74-75.

qu'en droit musulman, la femme n'est tenue que de pourvoir à l'entretien de la maison et non de se livrer contre son gré à un travail quelconque destiné à enrichir le mari (1).

### SECTION VIII.

#### ENGAGEMENTS DE LA FEMME.

**222**. La femme ne peut disposer, sans le consentement de son mari, que du tiers de ses biens, soit pour faire des dons ou œuvres pieuses, soit pour prendre des engagements vis-à-vis des tiers.

Nous renvoyons les quelques explications que nous avons à donner à ce sujet au chapitre XX, relatif aux incapables, nos 514 et suiv.

---

## CHAPITRE X.

### DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE. — ALIMENTS.

---

#### SOMMAIRE.

223. Anciennes coutumes. — Mahomet. — Esprit de sa législation.
224. Obligation pour le père de nourrir, entretenir et instruire ses enfants.
225. L'obligation incombe également à la mère. — Ses devoirs particuliers. — Renvoi.
226. Conventions particulières entre les époux.
227. Ces conventions ne peuvent pas préjudicier aux enfants.
228. Enfants d'un autre lit. — Conventions lors du mariage.
229. Fixation de la dette alimentaire du père.
230. Sa durée.
231. Dette alimentaire des enfants vis-à-vis de leurs père et mère. — Mariage subséquent de la mère.
232. L'obligation des enfants s'étend à d'autres personnes que les père et mère. — Différences entre les rites.
233. Par enfants il faut entendre les fils et les filles.
234. Le créancier doit justifier qu'il est dans la gêne. — Le débiteur est affranchi lorsqu'il est pauvre lui-même. — Fils à l'égard du père.
235. Règle relative à la fixation de la pension alimentaire.
136. Pluralité de débiteurs. — Division de la dette entre eux.

(1) Eschbach, *Droit musulman*, p. 98.

237. La fixation de la dette n'est pas définitive.
238. Contrainte contre les débiteurs qui ne s'exécutent pas.
239. Quand cesse l'obligation alimentaire.
240. Prescription des termes ou arrérages non réclamés.

233. Les anciennes coutumes arabes n'imposaient pas aux époux l'obligation de nourrir et entretenir leurs enfants, ni de faire à leurs proches qui sont dans le besoin une pension alimentaire. L'histoire nous apprend au contraire que les pères considéraient la naissance des filles comme un malheur, et que beaucoup d'entre eux les enterraient vivantes lorsqu'ils étaient trop pauvres pour pourvoir à leur existence, et que d'un autre côté les veuves, dépouillées de leur dot et de leurs biens, passaient comme une chose dans la succession de leurs maris et étaient nourries et entretenues par l'héritier auquel elles avaient été attribuées, non pas à cause de leur qualité, mais en raison des services qu'elles pouvaient rendre. Mahomet condamna de pareilles coutumes ; il sauvegarda la vie des enfants par ce verset du Koran (1) : « Ne « tuez point vos enfants par crainte de pauvreté. Les meurtres que « vous commettez sont un péché atroce. » Il prescrivit par ses hadits au père d'élever ses enfants, et voulut que ceux-ci ne parlassent à leur père et mère qu'avec respect; qu'ils fussent humbles et pleins de tendresses pour eux (2). Il recommanda à l'homme ses père et mère (3) et répéta sans cesse cette parole qui marquait à elle seule toute la différence qu'il entendait établir entre sa législation et les coutumes antérieures : « C'est aux « pieds de sa mère qu'un enfant respectueux gagne le pa- « radis (4). »

234. En conséquence de ces préceptes, la loi civile impose aux parents l'obligation de nourrir et d'entretenir leurs enfants et de les faire participer aux bienfaits de l'instruction.

La direction de cette instruction appartient spécialement au père de famille, ainsi que l'établit le texte même de sidi Khalil et qu'une jurisprudence l'a consacré. La Cour d'Alger, tout en reconnaissant ce principe du droit musulman, a pensé cepen-

(1) Sourate XVII, v. 33.
(2) Sourate XVII, v. 24-25.
(3) Koran Sourate XXXI, v. 13.
(4) Perron, *Femmes arabes*, p. 216.

dant que l'intérêt de l'enfant devrait prévaloir, et que le père ne pouvait diriger l'instruction de son enfant que lorsque ce dernier était en état de se passer des soins de sa mère.

« Attendu, porte l'arrêt du 6 mai 1873, qu'il est incontestable « en droit musulman que, nonobstant l'exercice du droit de « hadana, le père a le droit de diriger l'éducation de ses enfants, « et surtout de ceux du sexe masculin ;

« Attendu, toutefois, que l'intérêt de l'enfant doit, avant tout, « être pris en considération ;

« Que, vu l'âge et l'état physique du jeune fils de Mohamed « Lakal, il y a lieu d'ordonner que son entrée au lycée arabe- « français que réclame son père sera suspendue jusqu'à ce qu'il « ait atteint l'âge de dix ans révolus. »

**225.** L'obligation est donc imposée aux pères et mères, et ce serait une erreur de prendre à la lettre quelques formules employées par les auteurs musulmans et dans lesquelles il n'est question que du père (1), et de penser, qu'eu égard à la constitution de la famille musulmane et à la prépondérance du mari, la femme est affranchie de toute dette alimentaire.

Le texte de la loi est parfaitement fixé par sidi Khalil : « Le père et la mère, dit-il, doivent nourrir leurs fils et leurs filles (2). » Il est confirmé par tous les commentateurs, entre autres par Abd el Baqui et par el Karchi, et il a été consacré par un arrêt de la Cour d'Alger du 1er juin 1864, portant que « l'obligation imposée aux pères et mères de nourrir leurs enfants est une obligation naturelle consacrée par toutes les législations. »

La mère est même spécialement tenue de donner à ses enfants tous les soins nécessaires au jeune âge, ainsi que nous le verrons ci-après, au chapitre XVII relatif à la hadana.

**226.** Bien que les deux époux soient également tenus de pourvoir à l'entretien de leurs enfants, la loi les autorise à faire entre eux des conventions relativement à l'exécution de cette obligation réciproque. Ainsi, par acte passé devant le kadi de Miliana en 1863, une femme répudiée a pris l'engagement de faire face aux dépenses de la nefaka (entretien) des deux enfants qu'elle avait

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 259.
(2) Texte, p. 21.

eus de son mari, et ce, pendant tout le temps qu'ils resteront confiés à ses soins.

L'acte ajoute :

« Dans le cas où le père retirerait les deux enfants de la garde « de la mère pour les prendre à sa charge, alors même que ce « retrait aurait lieu dans les conditions autorisées par la loi, la « mère aurait le droit de réclamer au père la restitution des « sommes qu'elle aurait dépensées pour la nourriture, l'entretien « et l'habillement des enfants, à partir du jour où elle en a pris « soin jusqu'à celui où ils lui auront été retirés. »

Les faits prévus se sont réalisés; le père a retiré ses enfants en 1870 et, l'année suivante, le kadi de Milianah, par jugement du 12 avril 1871, confirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 3 juin 1872, l'a condamné à payer à sa femme divorcée la somme de 1,000 francs, pour avoir pourvu à l'entretien des deux enfants, savoir : l'un pendant quatre ans et l'autre pendant huit.

**227.** Mais ces conventions, quoique régulièrement faites, ne sauraient porter préjudice aux enfants.

Si donc la mère s'est engagée à élever ses enfants et que plus tard elle se trouve, par suite de misère, dans l'impossibilité de pourvoir à leur entretien, les enfants, et la mère pour eux, pourront réclamer une pension à leur père et le faire condamner à la leur payer. C'est là, en effet, ce qui a été jugé dans les circonstances suivantes :

Fathma bent Aouda, femme divorcée de Ahmed ben Mohamed, demanda, devant le kadi de la 44[e] circonscription judiciaire de la province d'Alger, une pension pour la nourriture et l'entretien de la fille qu'elle avait eue de son mari et qu'elle élevait. Le mari opposa à cette demande l'acte de divorce aux termes duquel la femme s'était engagée à pourvoir à tous les besoins de leur fille, et le kadi, par jugement du 25 août 1869, débouta Fathma de sa demande; mais sur appel, la Cour réforma la décision du premier juge, par les motifs ci-après :

« Attendu que si Ahmed ben Mohamed produit un acte de di-« vorce du 18 avril 1863, portant pour condition que la femme « Fathma renonce à sa dot et prend l'engagement de subvenir à « la nourriture et à l'entretien de sa fille Chérifa, il reconnaît,

« d'autre part, qu'elle et son frère ben Aouda sont dans un état « voisin de l'indigence ;

« Attendu que lui, au contraire, est dans une certaine aisance ; « que, dans ces conditions et quelles que soient les stipulations « intervenues lors du divorce, c'est à lui qu'incombe l'obligation « naturelle de pourvoir à la subsistance et à l'entretien de son « enfant ;

« Par ces motifs, condamne, etc. »

Et, dans le même ordre d'idées, le kadi malékite d'Alger a décidé, par jugement du 11 javier 1873, que lorsque le père de la femme s'était engagé personnellement à pourvoir aux besoins des enfants issus du mariage, le mari pouvait être recherché lorsque son beau-père était décédé sans fortune et que l'existence des enfants n'était pas assurée. Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour du 3 février suivant.

**228.** L'obligation du père de nourrir, entretenir et élever des enfants, ne s'étend pas aux enfants que la femme aurait eus d'un lit précédent. Ceux-ci n'ont aucune action contre le mari de leur mère (kadi d'Alger, jugement du 1er décembre 1868), à moins que la sollicitude de cette dernière n'ait fait prendre à son nouvel époux, par contrat de mariage, des engagements particuliers. Et c'est ce qui arrive en effet toutes les fois qu'une veuve ou qu'une femme divorcée se remarie et qu'elle ne trouve, ni dans ses biens personnels ni dans ceux de son premier époux, les ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins de ses enfants ; ainsi, pour n'en citer que deux exemples :

Par contrat passé le 26 mai 1859, devant le kadi de Tlemcen, el Hadj bou Médine ben Daoudi a épousé Amina bent el Hadj Mohammed Turki et a pris à sa charge l'entretien d'un fils que la mariée avait eu d'un premier lit, et ce pendant une durée illimitée.

Aux termes d'un contrat reçu par le kadi Malékite d'Alger, rapporté dans un arrêt de la Cour du 1er février 1869, il a été stipulé, comme condition du mariage, que l'époux pourvoirait à la nourriture et à l'entretien des enfants que la future épouse avait eus d'un premier lit.

**229.** Le père remplit son obligation au jour le jour, lorsque les enfants restent avec lui, il pourvoit à leurs besoins au fur et

14

à mesure qu'ils se produisent. Et, s'il s'absente, s'il répudie sa femme, etc., les frais de nourriture et d'entretien sont fixés, soit d'un commun accord avec la mère, soit par jugement du kadi, et, dans ce cas, ils sont généralement stipulés payables d'avance et par mois.

**230.** Voilà bien l'obligation des parents constatée ; voyons maintenant quelle en est la durée.

Tous les auteurs sont d'accord sur ce point important ; ils déclarent tous que le père et la mère doivent nourrir et entretenir leurs enfants, savoir : les fils, jusqu'à leur puberté, ou jusqu'au moment où, par leur travail personnel ou par l'exploitation des biens qui leur sont advenus, ils peuvent suffire à leurs besoins (1), et les filles, tant qu'elles restent soumises à l'autorité paternelle, par conséquent jusqu'à leur émancipation ou jusqu'à la célébration de leur mariage (2). Sidi Khalil dit cependant que, lorsque la fille a été mariée étant malade, et qu'elle a été conduite en cet état chez son mari, elle a droit, si elle est répudiée, de réclamer des aliments à son père (3) ; mais c'est là une exception fondée sur la mauvaise foi du père de famille. Il savait que sa fille était malade, qu'elle ne pouvait remplir ses devoirs d'épouse ; il a donc trompé le mari, et il reste alors tenu des obligations dont un mariage ainsi contracté n'a pu l'affranchir. Mais en dehors de toute circonstance impliquant la mauvaise foi du père de famille, la fille cesse d'avoir droit à des aliments lorsqu'elle a consommé le mariage.

**231.** Les enfants ont ainsi droit à des aliments tant que leur jeunesse, leur inexpérience ou la faiblesse de leurs organes les met dans l'impossibilité de subvenir à leurs besoins. Par contre, lorsque la vieillesse ou les infirmités viennent frapper leurs père et mère, ils sont tenus de venir à leur aide et de pourvoir à leur existence.

« Le fils, porte le texte (4), doit la nourriture à ses parents

(1) Texte, p. 21 ; jurisprudence constante, notamment : jugement du kadi d'Alger du 21 novembre 1862 ; Medjlès d'Alger, 3 avril 1863 ; Cour d'Alger, arrêt du 5 octobre 1863.
(2) Texte, p. 21 ; *idem.* ; Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 259.
(3) Texte, p. 21.
(4) Texte, p. 21.

« pauvres. » « Il doit, dit aussi Mouradja d'Ohsson (1), pourvoir à « la subsistance de son père et de sa mère, s'ils sont dans le « besoin. »

L'obligation alimentaire des enfants s'étend donc au père et à la mère. La loi n'a même pas voulu que cette obligation prît nécessairement fin lorsque la mère se remarie ; elle déclare en effet, par une disposition particulière, que le mariage de la mère avec un homme pauvre ne dispense pas ses enfants de lui fournir des aliments (2).

**232.** L'obligation des enfants n'est même pas restreinte aux père et mère.

D'après les Malékites, elle s'étend aux serviteurs des parents ou, si la mère survit à son mari, à la servante qui prend soin d'elle. Mais, dans aucun cas, le beau-père, la belle-mère, l'aïeul ni les petits-enfants ne peuvent en réclamer le bénéfice (3).

Suivant le rite Hanafite, au contraire, les enfants sont tenus de fournir des aliments à tous leurs parents au degré prohibé pour le mariage, ce qui comprend toute la ligne ascendante et descendante, et de plus, le frère et la sœur, l'oncle et la tante, la nièce et le neveu (4).

**233.** Tous les enfants sont soumis à cette obligation, les fils comme les filles. Le texte de sidi Khalil le déclare en termes formels, et si quelques auteurs ne parlent que des fils, il ne faut pas en conclure qu'ils veulent faire une distinction entre les enfants, mais seulement qu'ils se sont servis d'une expression impropre, quoique généralement usitée, et qui doit, suivant tous les commentateurs, s'appliquer également aux garçons et aux filles.

La difficulté ne s'est, du reste, jamais présentée, que nous sachions, devant les tribunaux algériens.

**234.** Nous voilà fixés sur ceux que la loi constitue éventuellement créanciers ou débiteurs; mais en droit musulman comme sous toutes les législations, le créancier ne peut obtenir des aliments que lorsqu'il en a besoin, et le débiteur n'est con-

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 261.
(2) Texte, p. 21.
(3) Texte, p. 21.
(4) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 261.

damné à en fournir que lorsqu'il est en état de les payer. Ils doivent donc prouver, l'un qu'il ne peut subvenir à ses besoins, l'autre qu'il lui est impossible de satisfaire à l'obligation que la loi lui impose. « Tous deux, dit sidi Khalil, prouvent, sous ser- « ment, leur état de gêne. » Cet état se prouve par témoins. Aussi, un nommé Mohamed ben Ali ben Embarek, qui avait divorcé sa femme, lui laissant la garde de deux enfants issus de leur union, et qui avait été condamné à payer une somme mensuelle de 60 francs pour la pension alimentaire de ses enfants, crut-il pouvoir s'affranchir de son obligation en faisant comparaître devant un kadi un certain nombre de témoins qui attestèrent sa pauvreté. Son système fut admis par jugement du kadi malékite d'Alger du 25 septembre 1872; mais la Cour le repoussa par arrêt du 17 décembre suivant, ainsi conçu :

« Attendu que le prèmier juge s'est appuyé pour rendre la « décision dont est appel sur la déclaration faite par de nom- « breux témoins devant le kadi de Blida ;

« Mais attendu que ces témoins s'étant bornés à attester qu'ils « ne connaissaient aucune valeur apparente ou cachée en la pos- « session de l'intimé, n'ont point établi d'une manière suffisante « que ce dernier se trouvait dans l'état de pauvreté exigé par la « loi musulmane pour être momentanément affranchi de sa dette « alimentaire ;

« Attendu, au surplus, que Mohamed ben Ali ben Embarek ap- « partient à la puissante famille des Embareck de la Mitidja ; qu'il « est plein de santé et dans toute la force de l'âge, et que, par « suite, il peut trouver, soit dans ses relations de parenté, soit « dans son travail personnel, les moyens de fournir à la nourri- « ture et à l'entretien de ses deux enfants ;

« Infirme, etc. »

Mais tous les débiteurs peuvent-ils être admis à exciper de leur pauvreté pour s'affranchir de la dette alimentaire? Oui, suivant quelques jurisconsultes; d'autres font une distinction; ils soutiennent que le devoir des enfants est tellement sacré vis-à-vis de leurs père et mère qu'ils ne sauraient être dispensés de le remplir; il y a donc sur ce point une divergence entre les auteurs, divergence signalée en ces termes par sidi Khalil : « Lorsque le fils est l'objet d'une demande de la part de ses père et mère,

peut-il arguer qu'il ne peut pas y satisfaire? Il y a deux avis.

**235.** Et si les débiteurs n'excipent pas de leur impossibilité de fournir des aliments, ces aliments sont dus dans la proportion des besoins de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit; ils sont fixés d'un commun accord entre les parties, et en cas de difficultés, par décision du kadi.

**236.** Le débiteur paye sa dette dans les conditions fixées par la convention ou par le jugement; mais quand il y a plusieurs débiteurs différant entre eux soit par le degré de parenté (pour les Hanafites), soit par leur fortune, comment se fait entre eux le partage?

Là encore il y a partage entre les jurisconsultes. Les uns veulent que la dette soit divisée par portions égales entre les débiteurs, quelle que soit la fortune de chacun d'eux.

Les autres enseignent qu'il y a lieu d'établir une quote-part proportionnelle au droit de chacun dans la succession des parents secourus.

D'autres enfin soutiennent, et nous croyons que leur opinion est seule conforme aux principes, que la quote-part de chaque débiteur doit être fixée eu égard à sa fortune (1).

**237.** Cette fixation ne saurait au surplus être définitive; elle peut toujours être modifiée par les parties ou par le kadi, suivant que les besoins ont augmenté ou diminué; que les débiteurs ont disparu; qu'un ou plusieurs d'entre eux ont acquis de grandes richesses; que d'autres sont tombés dans la misère, etc., etc.

**238.** Les débiteurs d'une dette alimentaire qui ne s'acquittent pas de leurs obligations aux époques et dans les conditions déterminées, peuvent y être contraints par toutes les voies de droit, par la saisie et la vente de leurs biens et par l'incarcération de leurs personnes.

**239.** L'obligation de fournir des aliments cesse : pour le père de famille, lorsque ses enfants ont des biens personnels suffisants pour satisfaire à leurs besoins ou lorsqu'ils sont soustraits à sa puissance; pour les enfants et les parents, lorsque le parent secouru meurt, que la pension alimentaire ne lui est plus nécessaire

(1) Texte, p. 21.

ou qu'ils sont eux-mêmes dans l'impossibilité justifiée d'y pourvoir.

**240.** Mais il peut arriver que le créancier laisse écouler un certain temps sans réclamer les aliments qui lui sont dus. Dans ce cas, la loi déclare qu'il y a présomption que le créancier n'en a pas eu besoin ; elle prononce la prescription et décharge les débiteurs de son payement; mais ce n'est là qu'une présomption qui peut être détruite par des preuves contraires et par l'appréciation des circonstances laissée à la conscience du juge. C'est ce qui résulte clairement du texte de sidi Khalil : « Lorsque celui qui « a droit aux frais d'entretien laisse passer un certain temps sans « les réclamer, celui qui les devait s'en trouve déchargé, à moins « qu'il y ait une décision judiciaire ou que le tiers qui en a fait « l'avance ne justifie qu'il a toujours eu l'intention de se faire « restituer ses déboursés. »

---

## CHAPITRE XI.

### DE L'EUDDA ET DE L'ISTIBRA.

---

SOMMAIRE.

241. Définition de l'eudda et de l'istibra.
242. Leur objet.

SECTION PREMIÈRE.

*De l'eudda.*

243. Division.
244. Quelles femmes sont soumises à l'eudda.
245. La consommation du mariage a-t-elle besoin d'être prouvée?
246. Eudda spéciale de la veuve.
247. Femmes esclaves, juives, chrétiennes.
248. Durée de l'eudda.
249. Eudda de répudiation, trois qourou.
250. Période d'impureté.
251. Durée fixe. — Jurisprudence de la cour d'Alger.
252. Modifications apportées, par l'âge de la femme et son état de grossesse, à la durée de l'eudda.
253. Retraite troublée.
254. Eudda par suite d'annulation de mariage.
255. Eudda de décès.

**241.** On appelle eudda, adda, ou retraite légale, le délai pendant lequel une femme ne peut pas, après la dissolution de son mariage, contracter légalement une nouvelle union ; et istibra la retraite de continence imposée à toute femme qui a eu des relations illégitimes.

**242.** L'eudda et l'istibra ont donc un seul et même but, celu de reconnaître si une femme est enceinte et de permettre l'attribution légale de la paternité.

## SECTION PREMIÈRE.

### DE L'EUDDA.

**243.** Nous avons à rechercher :

1° Quelles sont les femmes soumises à l'eudda;

2° Quelle est la durée de l'eudda;

3° Quels en sont les effets;

4° et 5° Où et comment la femme doit accomplir l'eudda.

§ 1er.

QUELLES SONT LES FEMMES SOUMISES A L'EUDDA.

244. La loi soumet, en principe, aux règles de l'eudda toutes les femmes dont le mariage est dissous après avoir été célébré, que cette dissolution provienne d'une annulation judiciaire, de l'exercice du droit d'option, de la répudiation, du divorce ou de la mort du mari. Il faut donc, comme condition essentielle, que le mariage ait été célébré. Les auteurs l'indiquent en termes formels : Ibn Salamoune : « La répudiation ou le divorce qui survient « avant la consommation du mariage, ne donne pas lieu à « l'eudda. » Eschbach (1) : « La retraite n'est imposée que dans « le cas où il y a eu cohabitation consommée ou dans les cas où « elle était physiquement possible. » Ibrahim (2) : « Est soumise « à l'eudda, toute femme séparée de son mari après la consom- « mation du mariage. » Sidi Khalil : « Cette retraite aura lieu « lorsque la femme aura été en âge de cohabiter avec son « mari. »

En conséquence, si la consommation n'a pas eu lieu, l'eudda ne sera pas obligatoire. Ibn Salamoune le déclare en termes exprès : « Il n'y a pas lieu à retraite légale, dit-il, lorsque la « femme est restée avec un mari impubère ou impuissant, ou « lorsqu'elle a été séparée de lui avant d'avoir atteint sa nubi- « lité. »

Et Perron le confirme (3) d'après el Kharchi et Abd el Baqui : « Avant la nubilité, dit-il, la conception étant impossible, la « retraite n'est point exigée ; » et plus loin (4), « si le mari est im- « pubère, s'il est atteint d'un vice de conformation qui rende « son impuissance radicale, ou s'il n'a pas eu le temps ou l'occa- « sion de cohabiter avec sa femme, l'attente légale n'est pas obli- « gatoire. »

245. Mais la consommation du mariage a-t-elle besoin d'être prouvée ?

Non ; la présomption légale suffit, et cette présomption résulte

(1) *Droit musulman*, p. 104.
(2) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 241.
(3) T. III, p. 61.
(4) T. III, p. 62.

des circonstances, telles que l'isolement des époux ou leur aveu. L'isolement est assimilé à la cohabitation à tel point que lorsque les époux ont eu un tête-à-tête, ou, suivant l'expression de Mouradja d'Ohsson, un entretien privé, ils ne sont pas admis à déclarer que le mariage n'a pas été consommé, et la femme est soumise à l'eudda, alors même, dit sidi Khalil, qu'ils nieraient la cohabitation. Quant à l'aveu des époux, il fait foi en dehors de l'isolement prouvé, et s'impose à la conscience du magistrat. « On « prendra une décision suivant leur aveu. »

**246.** Une dérogation a été faite cependant au principe ainsi posée ; elle est relative à la veuve. La loi a donné à l'eudda de décès un double caractère ; elle l'a imposée tout à la fois comme moyen d'attributionde paternité et comme un hommage rendu à la mémoire du mari ; elle a en conséquence prescrit que toute femme qui perdrait son mari, alors même qu'elle serait impubère et qu'aucune relation n'aurait eu lieu entre les époux, subirait la retraite légale. «.La veuve, dit Mouradja d'Ohsson, est soumise « à l'eudda, quels que soientson âge, sa religion et lescirconstances « de son mariage, consommé ou non. Il y a, dit également Ibn « Salamoune, exception au principe que l'eudda n'est encouru « qu'après la consommation du mariage lorsque le mari meurt, « parce que l'eudda de décès est imposée à la veuve comme un « honneur à la religion musulmane et un regret pour le défunt. »

**247.** Nous savons maintenant les conditions auxquelles l'eudda est obligatoire ; mais cette obligation existe-t-elle pour toutes les femmes, pour les femmes esclaves comme pour les femmes libres, pour les chrétiennes et les juives, comme pour les musulmanes ?

En ce qui concerne les esclaves, tous les rites sont d'accord. L'eudda est applicable, sauf une réduction de temps dans sa durée.

Mais quant aux chrétiennes et aux juives, il y a divergence. Les Hanafites déclarent que ces femmes, quoique pouvant légalement se marier avec des musulmans, ne sont pas assujetties à la retraite légale. « Il n'y a pas, porte l'Hedaya (1), d'eudda pour « les femmes étrangères ou infidèles. »

(1) T. I, p. 368-369.

Dans aucun cas, dit Mouradja d'Ohsson (1), « les femmes chré-« tiennes ou juives, mariées à des musulmans, ne sont soumises « aux lois de l'eudda. »

Les Malékites soutiennent l'opinion contraire : « La femme, « écrit Sidi Khalil, quand même elle serait kitabia (juive ou chré-« tienne), doit observer l'eudda. » Et el Kharchi, dans son commentaire (2) : « La doctrine malékite ne fait aucune distinction « pour l'observation de l'eudda entre la femme musulmane et la « femme kitabia ; que cette femme ait été répudiée par un mari « musulman ou non, si elle doit se marier à un musulman. »

§ 2.

DURÉE DE L'EUDDA.

**248.** La durée de l'eudda varie suivant les causes qui ont amené la dissolution du mariage, suivant l'âge et l'état de la femme.

Les causes de dissolution de mariage peuvent, nous le savons déjà, se ramener à trois : la répudiation, la séparation juridique et la mort du mari.

**249.** L'eudda de répudiation est fixé par le Koran (3). « Les « femmes répudiées laisseront passer trois qourou avant de se « remarier. » Mais qu'entend-on par qourou? Kazimirski et Perron (4) traduisent cette expression koranique par « la période « de pureté menstruelle » sans plus de précision, laissant ainsi supposer que les quatre rites sont parfaitement d'accord ; il n'en est rien cependant. Les Hanafites entendent par qourou la période entière, complète de la pureté menstruelle. Si donc la période menstruelle pour une femme déterminée est de trente jours, ils exigent pour l'accomplissement de l'eudda un délai de quatre-vingt-dix jours après la répudiation (5). Et si pour une autre femme cette période n'est que de vingt-huit jours, ils fixent les délais de l'eudda à quatre-vingt-quatre jours seulement.

Les Malékites et les Chaféites sont d'accord avec les partisans

(1) T. V, p. 249.
(2) Cardoz, *Examen critique*, p. 38.
(3) Sourate II, v. 238.
(4) Traduction de sidi Khalil, t. III, p. 62.
(5) *Journal asiatique*, 1850, p. 198-199.

d'Abou Hanifa sur la deuxième et la troisième période; mais ils pensent que pour la première il n'est point nécessaire qu'elle soit entière; que pourvu qu'il s'écoule entre la répudiation et l'apparition des signes périodiques un délai quelconque, la lettre et l'esprit de la loi sont satisfaits. En conséquence, si la répudiation a été prononcée la veille ou l'avant-veille de la purification, ce délai d'un ou de deux jours comptera pour un qourou et l'eudda sera terminée le soixante-unième ou le soixante-deuxième jour. C'est là, en effet, ce qu'enseignent sidi Khalil et Ibn Salamoune. Sidi Khalil (1) : « On tient compte pour la durée de la « retraite de l'état de pureté du jour de la répudiation. cesserait-« il un instant après; la femme sera alors libérée au commence-« ment du troisième qourou. »

Ibn Salamoune : « Ces périodes qui courent à partir de la ré-« pudiation comprennent la période de pureté dans laquelle se « trouve la femme au moment où elle a été répudiée, n'eût-il « resté de cette période de pureté qu'une seconde pour arriver « à une menstruation. » Partant de là, la femme peut finir son eudda au commencement de la troisième purification (2).

**250**. Si la répudiation est prononcée pendant une période de pureté, le premier qourou s'étend jusqu'à l'époque où la femme voit apparaître de nouveau les signes périodiques de son sexe et l'eudda ne se termine qu'après la quatrième menstruation. Le Prophète l'a décidé par un hadits rapporté par el Bokhari.

**251**. Les délais de l'eudda se composent donc de trois périodes dont l'étendue est fixée pour chaque femme par les lois de la nature. Le minimum de chaque période est, suivant les Malékites, de quinze jours, et de vingt jours d'après les Hanafites (3) ; quant au maximum, il n'est point déterminé et les jurisconsultes donnent libre carrière à leurs suppositions, disant que l'eudda peut durer plusieurs années.

« Supposons, dit Ibn Salamoune, que la femme n'ait vu qu'une « fois dans le courant de l'année ses signes périodiques, elle « recommencera un qourou à partir de l'apparition, et si dans « l'année qui suit elle ne les voit également qu'une seule fois,

(1) Texte, p. 22.
(2) V. aussi *Journal asiatique*, 1850, p. 200.
(3) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 239-240.

« elle sera soumise à une troisième année d'attente, et ce ne sera « qu'après la troisième apparition où après l'expiration de cette « troisième année que la femme sera libérée et qu'elle pourra « contracter légalement un nouveau mariage. »

La durée de l'eudda, dit aussi sidi Khalil (1), « se compte par « période menstruelle quand même la femme ne serait habituel- « lement réglée qu'une fois par année; par exemple, si elle allai- « tait son enfant où si elle était malade. »

Mais la Cour d'Alger, sans s'arrêter à ces distinctions que ne justifie pas l'état actuel de la science, a posé en principe que le qourou devait comprendre un délai de trente jours, et par suite que l'eudda avait une durée fixe de trois mois. Ainsi Khalifa ben Atia ayant répudié sa femme Oumhani le 25 mai 1867, et celle-ci s'étant remariée le 26 août suivant, et ayant accouché le 12 mars 1868, Khalifa réclama l'enfant, se fondant sur ce que sa femme avait contracté une nouvelle union avant l'expiration de la retraite légale; mais la Cour le débouta de sa demande par arrêt du 19 juillet 1869 : « Attendu que trois mois se sont écoulés entre « la répudiation de Oumhani et son nouveau mariage, et que, « dès lors, les délais de l'eudda ont été observés. »

**252**. Les délais de l'eudda, fixés en principe à trois qourou, se modifient suivant l'âge et l'état de la femme.

*Suivant l'âge.* Si la femme répudiée ou séparée judiciairement a dépassé l'âge de la s'rira et n'est cependant pas encore arrivée à la complète puberté, c'est-à-dire si elle est âgée de neuf à onze ou douze ans; ou si, au contraire, elle a passé l'âge auquel elle est soumise aux lois de la nature, son eudda ne se compte pas par qourou, il est invariablement fixé à trois mois.

Le Koran dispose en effet (2) : « Quant aux femmes qui n'es- « pèrent plus (à cause de leur âge) avoir leurs infirmités, quoique « vous n'en soyez pas sûrs, le terme est de trois mois; le même « temps est prescrit pour celles qui n'ont point eu leurs mois. » Le délai se compte alors de quantième à quantième, de telle sorte que si la femme est répudiée, par exemple, le 10 du mois, son eudda ne se terminera que le 10 du quatrième mois, parce que le jour de la répudiation ne compte pas.

(1) Texte, p. 22; Perron, t. III, p. 63.
(2) Sourate LXV, v. 4.

Remarquons à ce sujet : 1° que cette eudda spéciale de trois mois cesse si la femme aperçoit les signes périodiques de son sexe (1) ; 2° que la s'rira (qui a moins de neuf ans) n'est pas plus tenue de cette eudda de trois mois que de celle qui se compte par qourou ; 3° que lorsque la dissolution du mariage a eu lieu par suite du décès du mari, la femme ne peut pas profiter de l'eudda qui nous occupe ; elle reste soumise, quel que soit son âge, à la retraite de quatre mois et dix jours.

*Suivant l'état de la femme.* Si la femme en pleine puberté voit s'arrêter, par suite de maladie ou autrement, ses signes périodiques, son eudda sera portée à un an, savoir : neuf mois pour le délai de la grossesse et trois mois pour la retraite légale (2). Et si, pendant cet intervalle, les règles apparaissent, la femme devra subir une nouvelle attente, et elle ne sera libérée qu'après le troisième qourou ou après une année entièrement blanche (3).

Ou encore, si la femme est enceinte lors de la dissolution de son mariage, l'eudda ne sera plus de trois mois, de trois qourou, de quatre mois et dix jours ou d'une année blanche, elle durera aussi longtemps que la grossesse et finira avec elle. « Pour les « femmes enceintes, dit le Koran (4), attendez qu'elles aient « accouché. » Sidi Khalil (5) : « La retraite légale, en cas de gros- « sesse, prend fin le jour où la femme dépose son fardeau tout « entier. »

Et Mouradja d'Ohsson : « En cas de grossesse, la retraite a « pour terme l'accouchement. »

**253.** Si la retraite est troublée, si un fait nouveau se produit, si le mari cohabite avec sa femme sans la reprendre, l'eudda recommence dans les conditions et délais que nous venons de déterminer. C'est ce que dit sidi Khalil en termes formels (6) : « Lorsqu'une nouvelle cause survient avant l'accomplissement de « la retraite, cette retraite est annulée et doit être recommencée. »

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 240-242.
(2) Texte, p. 22.
(3) Perron, t. III, p. 65.
(4) Sourate LXV, v. 4.
(5) Texte, p. 23 ; Perron, t. III, p. 71-72.
(6) Texte, p. 24.

et ce que confirme un autre auteur par ces mots (1) : « La femme « qui a des rapports intimes pendant qu'elle est en eudda, est « tenue de se soumettre à une nouvelle retraite. »

**254.** Lorsque la dissolution de mariage a lieu par autorité de justice, les délais de l'eudda sont de trois qourou, absolument comme dans le cas de répudiation. Si la femme n'est pas enceinte, porte le texte (2), et que le mariage soit entaché de nullité, elle est dans le même cas que la femme répudiée.

**255.** Quant à la dissolution du mariage par suite du décès du mari, elle donne naissance à une eudda spéciale d'un caractère particulier (3) et qui a été fixée par le Koran (4) : « Si ceux qui « meurent laissent des femmes, elles doivent attendre quatre mois « et dix jours. » Cette règle a été confirmée par un hadits que rapporte el Bokhari : « On comptera pour la femme qui a perdu « son mari quatre mois et dix jours. »

Ce délai n'est cependant pas toujours suffisant. « Si la durée « de quatre mois et dix jours, dit Perron (5), ne s'achève pas « avant que les signes ne réapparaissent, ou si les quatre mois « et dix jours étant passés, les matrones déclarent que les signes « périodiques sont retardés, la femme devra attendre, pour son « eudda, jusqu'à leur apparition ; car il est alors permis de « soupçonner qu'il y a grossesse. »

C'est là en effet ce qu'a prescrit le conseil supérieur de jurisprudence musulmane dans son avis de mai 1868. « La durée de « l'eudda, porte cet avis, est de quatre mois et dix jours depuis « la mort du mari, si la femme a eu ses signes avant ce terme ; « sinon, l'eudda sera de neuf mois, et si, à cette époque, la femme « n'a encore rien vu apparaître, des matrones la visiteront, et « s'il y a lieu à quelques doutes qu'elle soit enceinte, l'eudda se « continuera encore. »

Cette rigueur souffre une exception. « Si, dit Perron (6), le « mariage n'a pas été consommé ou si en raison du jeune âge « de la femme (si elle est s'rira), il est impossible qu'il y ait une

(1) Hedaya, t. I, p. 365.
(2) Texte, p. 23.
(3) Ci-dessus, n° 246.
(4) Sourate II, v. 34.
(5) T. III, p. 73.
(6) T. III, p. 74.

« conception, quatre mois et dix jours d'attente sont le terme « absolu. »

256. L'eudda de décès s'ouvre non-seulement lorsque la mort du mari est constatée, mais encore lorsqu'il y a présomption légale que cette mort a eu lieu, par exemple, lorsque le mari a disparu dans un combat, qu'il s'est rendu dans un pays où sévissait une épidémie et qu'il n'a plus donné de ses nouvelles, ou enfin qu'il est absent et qu'il a atteint le terme le plus éloigné de la vie humaine. La loi fixe sur ce terme des règles que nous exposerons bientôt (1).

257. Il résulte de ce qui précède qu'une femme peut être soumise en même temps à plusieurs eudda. C'est ce qui arrive notamment dans l'hypothèse présentée à l'iman Abou Hanifa, lorsque le mari prononce la répudiation contre sa femme et qu'il meurt ensuite. Dans ce cas, en effet, la femme est tenue, à cause de la répudiation, à l'eudda de trois qourou et à cause de la mort de son mari à l'eudda de quatre mois et dix jours.

On a donc été amené à se demander si dans cette hypothèse et dans toutes autres semblables, la femme devait accomplir les deux eudda l'une après l'autre, et les jurisconsultes ont répondu que les deux eudda se confondent, qu'elles s'accomplissent ensemble et que la femme est libérée lorsque la plus longue des retraites est terminée.

« La plus longue des eudda, porte l'Hedaya (2), est alors en« courue. Conséquemment, si le mari meurt après avoir répudié « sa femme, l'eudda sera celle du veuvage (quatre mois et dix « jours), parce qu'elle est plus longue que celle de répudiation. »

258 Les délais de l'eudda ainsi fixés, il y a lieu de rechercher l'époque précise à partir de laquelle ils doivent courir, car le Koran a dit (3) : « Comptez exactement les jours. » Cette époque est facile à déterminer; c'est en effet celle de la répudiation, celle de la décision judiciaire qui a annulé le mariage ou celle de la mort.

Si donc le mari a prononcé la répudiation pendant le pèlerinage, par exemple, ou pendant une absence loin de sa femme,

(1) Ci-après, n°s 259-260.
(2) T. I, p. 365-366-370; aussi Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 242.
(3) Sourate LXV, v. 1.

et sans qu'elle l'ait su, ou si le mari meurt dans un pays éloigné, l'eudda courra du jour de la répudiation ou de la mort du mari et s'accomplira dans les délais prescrits, de sorte que, si la femme n'apprend la dissolution de son mariage qu'après les trois qourou ou après l'expiration de quatre mois et dix jours, elle sera libérée de son eudda et pourra immédiatement procéder à une nouvelle union, ce qui a fait dire à l'Hedaya (1) : « L'eudda peut être ac- « complie par la femme sans le savoir. »

Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'époque de la dissolution du mariage soit établie, qu'elle soit prouvée par titres ou par témoins, qu'aucun doute ne puisse subsister.

La déclaration du mari qu'il a répudié sa femme depuis cinq mois, par exemple, serait insuffisante pour faire remonter à cette date la dissolution du mariage et le commencement de la retraite. Le texte porte en effet (2) : « Lorsqu'un individu avouera avoir « précédemment répudié sa femme, celle-ci commencera son « eudda à partir du jour de l'aveu de son mari. »

**259.** Et si le mari disparaît à la suite d'un combat, s'il est constaté en état d'absence, ou s'il est fait prisonnier de guerre, à partir de quelle époque courra la retraite légale ?

Dans le premier cas, il faut distinguer. Le combat a-t-il eu lieu entre musulmans ? La femme entrera en retraite aussitôt que les parties belligérantes se seront séparées, si son mari ne reparaît pas. C'est la doctrine exposée par Malek et reproduite par sidi Khalil (3) ; mais des jurisconsultes du rite pensent qu'avant de se mettre en eudda, la femme doit attendre un délai suffisant pour qu'on puisse savoir si le mari est réellement mort.

Le combat a-t-il été livré entre musulmans et infidèles ? La division entre les auteurs cesse, et tous reconnaissent qu'il faut donner un délai pour recevoir des nouvelles du mari ; ce délai est d'un an. « La femme de l'individu qui aura disparu dans un « combat entre musulmans et infidèles, porte le texte (4), en- « trera en retraite après un an de recherches. »

(1) T. I, p. 365; Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 243.
(2) P. 23.
(3) Texte, p. 23.
(4) Texte, p. 24.

En cas d'absence, on distingue également si la disparition a lieu en pays musulman ou en pays infidèle.

Si c'est en pays musulman, la femme s'adressera au kadi ou à toute autorité constituée, et s'il n'y en a pas, à une réunion de musulmans, et attendra, avant de se mettre en retraite, un délai d'expectative de quatre ans, délai supposé nécessaire pour l'aller et le retour des correspondances dans les contrées musulmanes les plus éloignées (1). Ce délai d'expectative ne sera cependant observé qu'autant que le mari aura laissé des biens en quantité suffisante pour pourvoir aux besoins de la femme ; car si le mari était parti, ou avait disparu laissant sa femme dans le dénûment, le divorce pourrait être poursuivi et la femme entrerait aussitôt en eudda.

L'expiration du délai d'expectative ou l'avis donné par les autorités constituées qu'elles n'ont pas reçu de nouvelles du mari, établissent la présomption que ce dernier est décédé ; mais il se peut faire que le mari soit toujours vivant et qu'il revienne à son domicile. Il reprendra alors sa femme, et si elle a contracté une nouvelle union, on procédera comme dans le cas de deux mariages conclus par deux ouali (ci-dessus n° 132), c'est-à-dire que la femme restera avec le second mari si le second mariage a été consommé et qu'elle retournera avec le premier si elle n'a pas eu de relations intimes avec le second. Mais il n'en est ainsi que si le second mariage a été régulièrement contracté ; si, au contraire, ce second mariage est frappé de nullité, si la femme Omra s'est crue répudiée alors que le mari avait prononcé la répudiation contre Amra seulement, si le second mariage a eu lieu pendant que la femme était en eudda, etc., etc., etc., cette seconde union est sans force, la première subsiste seule, et le mari, à son retour, reprendra sa femme sans qu'on puisse lui opposer ce mariage nul, quand même il aurait été consommé.

Si le mari a disparu en pays infidèle ; par exemple, s'il y est allé pendant que la peste sévissait et qu'on n'ait plus eu de ses nouvelles, la femme restera dans les liens du mariage tant qu'elle trouvera dans les biens du mari les moyens de pourvoir à ses besoins, ou tant qu'il y aura quelque espérance que l'époux est encore vivant.

(1) Perron, t. III, p. 61.

Cette règle s'applique également dans le cas où le mari serait détenu chez les infidèles comme prisonnier de guerre (1).

260. La femme, dans les deux dernières hypothèses, se mettra en eudda, ainsi que nous l'avons dit, lorsqu'il n'y aura plus d'espérance que le mari soit vivant, c'est-à-dire lorsque le mari sera arrivé à la limite extrême de la vie humaine. Cette limite est fixée à 70, 75 ou 80 ans par les jurisconsultes malékites, à 90, 100 et même 120 ans suivant les Hanafites (2) ; et la preuve que le mari y est arrivé peut être faite par tous les moyens légaux. En cas de contradictions dans les témoignages, on prend pour base de calcul le nombre d'années le plus faible, et si les témoins ne font leurs déclarations que sous forme de probabilités, on exige que les héritiers fassent serment.

261. Une difficulté s'est présentée ; on a posé l'espèce suivante : un mari prononce contre sa femme une répudiation par un ; pendant l'eudda, il déclare qu'il entend revenir sur cette répudiation et rendre à sa femme le titre et la qualité d'épouse. Puis, mais toujours pendant les délais de la retraite, il meurt ou répudie de nouveau avant d'avoir eu des rapports avec sa femme. Quel sera le point de départ de l'eudda ? La première répudiation, la mort du mari ou la seconde répudiation ?

Il y a lieu de distinguer. Le mari est-il décédé après avoir repris sa femme ? Tous les auteurs et tous les rites sont d'accord. La femme est soumise à la retraite de quatre mois et dix jours après la mort de son mari. Sidi Khalil dit donc avec raison (3) : « Elle (la retraite) doit être recommencée lorsque le mari meurt « après avoir repris sa femme précédemment répudiée. »

Le mari a-t-il prononcé une seconde répudiation ? Il y a divergence. Les Malékites (4) pensent que la première retraite continue parce que le mari pourrait, si l'on admettait l'opinion inverse, reprendre deux fois sa femme à la fin de son eudda, la répudier ensuite et lui imposer une retraite de neuf mois, ce qui est en opposition manifeste avec l'esprit et le texte de la loi. Sidi Khalil n'est pas aussi exclusif : « La retraite primitive est annulée, dit-

(1) Texte, p. 23.
(2) Texte, p. 23, et Mouradja d'Ohsson, t. VI, p. 113.
(3) Texte, p. 23.
(4) Hedaya, t. I, p. 368.

« il (1), et il faut en recommencer une nouvelle, à moins qu'il ne soit « reconnu que le mari a voulu causer un dommage à la femme « par la prolongation de son eudda. Dans ce cas, la femme répu- « diée qui se remarie et qui est de nouveau répudiée avant la « cohabitation, continue sa retraite. »

Quelques docteurs Hanafites, notamment l'imam Mohamed, ont partagé l'opinion des Malékites; mais, en général, les sectateurs du rite adoptent la solution opposée. « Si, dit le cheik An- « nebi, le mari, après une répudiation imparfaite, reprend sa « femme pendant l'eudda et la répudie de nouveau, la femme « recommencera sa retraite à partir de cette seconde répudia- « tion, quand même elle n'aurait pas eu de rapports conjugaux « avec son mari. »

**262.** Voilà les délais terminés; mais comment savoir s'ils ont été régulièrement observés? Lorsque les deux époux sont d'accord, qu'ils reconnaissent tous deux que l'eudda a été accomplie, il n'y a pas de difficultés possibles; mais il peut arriver que le mari et la femme soient contraires en fait; que le mari prétende que les délais ne sont pas expirés, et il y aura tout intérêt lorsque, après avoir prononcé une répudiation imparfaite, il voudra reprendre sa femme; que la femme soutienne au contraire que sa retraite a été complète, et elle y sera engagée lorsqu'elle voudra s'affranchir de la puissance maritale.

Dans ce cas, la preuve légale résultera de la seule déclaration de la femme faite sous serment : « La déclaration de la femme, « faite sous serment, qu'elle a eu trois fois ses signes périodiques « est suffisante, dit Mouradja d'Ohsson (2), pour qu'elle soit en- « tièrement libre. »

C'est aussi la théorie des Malékites. « La femme; dit el Kharchi, sera crue en sa déclaration que son eudda est terminée, » et cette déclaration a une valeur telle, que la loi n'autorise pas la preuve contraire. Inutile de dire que, avec la jurisprudence de la Cour d'Alger que nous avons rapportée au n° 251, ce n'est pas à la déclaration de la femme, mais au délai couru qu'on aurait égard pour résoudre la question.

(1) Texte, p. 65.
(2) T. V, p. 240; Hedaya, t. I, p. 367.

## § 3.

### EFFETS DE L'EUDDA.

**363.** L'eudda constitue un empêchement à mariage (n° 91), et toute union contractée par la femme avec tout autre que son mari est frappée de nullité (n° 134).

Cet empêchement rejaillit même sur le mari dans les deux cas suivants (1) :

Lorsque le mari a quatre femmes et qu'il prononce contre l'une d'elles une répudiation incomplète, il lui est interdit d'épouser une autre femme pendant les délais de l'eudda, parce que cette répudiation incomplète n'a pas dissous l'union conjugale; qu'elle permet au mari de reprendre sa femme répudiée même sans avoir besoin de son consentement, et que, par suite, si l'on autorisait le mari à prendre une épouse nouvelle, il pourrait en avoir cinq en même temps, ce qui est formellement défendu par le Koran.

De même le mari qui a répudié sa femme incomplétement ne peut pas, pendant l'eudda, épouser la sœur de sa femme répudiée, et cela quand même il n'aurait pas d'autres femmes, parce qu'il pourrait reprendre la première et avoir ainsi en même temps pour épouses les deux sœurs, ce qui est également défendu.

**364.** Et puisque la femme ne peut pas se remarier pendant l'eudda, le mari est tenu de pourvoir à son entretien. Le Koran le prescrit en termes formels, mais il fait une distinction entre les femmes veuves et celles qui ont été répudiées; pour les premières il dispose (2) : « Ceux d'entre vous qui mourront laissant après « eux leurs femmes, assigneront à celles-ci un legs destiné à leur « entretien pendant une année, et sans qu'elles soient obligées « de quitter la maison; » et pour les autres il dit (3) : « Un en« tretien honnête est dû aux femmes répudiées. » Le mari doit donc une pension à toute femme répudiée par lui imparfaitement (4); il la lui doit pendant les délais de l'eudda, et le paye-

(1) Sourate II, v. 241.
(2) Sourate II, v. 241.
(3) Sourate II, v. 242.
(4) V. n°ˢ 196 et 364.

ment peut en être poursuivi par toutes les voies légales. — Kadi hanafite d'Alger, jugement du 21 août 1867.

Le kadi Malékite d'Alger a même décidé, par jugement du 13 juillet 1870, confirmé le 3 octobre suivant par la Cour, que lorsque les époux reprenaient la vie commune, la femme avait le droit de réclamer à son mari l'arriéré de sa pension qui lui restait dû au moment de leur réunion. C'est, du reste, l'application de la règle posée par le jurisconsulte : « Le temps passé reste à la « charge du mari (1). »

**265.** La femme conserve en outre, pendant l'eudda, ses droits héréditaires sur la succession de son mari. Une pareille disposition, qui, au premier abord, paraît étrange, s'explique cependant et se justifie par cette considération, que la répudiation imparfaite ne dissout pas le mariage, qu'elle entraîne seulement la séparation des époux et permet au mari, comme nous le verrons plus tard (2), de reprendre sa femme sans avoir besoin de son consentement. Le mariage n'est donc pas rompu, la femme n'est point libre, elle est encore, au moins dans une certaine mesure, sous la dépendance du mari et, dès lors, elle est appelée, en cas de décès de ce dernier, à bénéficier des avantages que lui assure son union. La loi ne fait d'exception que pour le cas où la femme allaiterait l'enfant issu de son mariage et où chaque qourou comprendrait un long espace de temps, dix mois par exemple. L'eudda serait alors de trente mois, et sidi Khalil nous apprend que le mari peut alors retirer le nourrisson à sa mère, après un délai d'un an, à la seule condition que cette séparation ne nuise pas à l'enfant. « Et cela, ajoute le jurisconsulte, afin d'éviter « qu'elle ne conserve ses droits d'héritage et pour donner au « mari le droit de se marier avec une sœur de sa femme ou « d'épouser une cinquième femme (3). »

**266.** Quant au mari, il ne saurait prétendre à aucun droit sur la succession de sa femme décédée en eudda, à moins que celle-ci n'ait demandé le divorce pendant sa dernière maladie, parce qu'elle pourrait alors, suivant les circonstances, être considérée comme ayant agi dans le but évident de priver son mari de ses

(1) N°s 196 et suiv.
(2) Ci-après, n°s 356 et suiv.
(3) Perron, t. III, p. 62.

droits héréditaires (1). Cette exception, expressément formulée par les Hanafites, nous paraît cependant difficilement acceptable. La femme n'a pas, en effet, les mêmes droits que le mari; elle ne peut pas dissoudre, par sa seule volonté, l'union conjugale : tout ce qu'il lui est permis de faire, c'est de s'adresser à la justice, de se plaindre des manquements de son mari et de demander son divorce; mais c'est aux tribunaux seuls qu'il appartient de statuer et nous ne voyons pas comment on pourrait jamais établir qu'un divorce aura été prononcé dans les conditions prévues par le jurisconsulte musulman.

## § 4.

### OU DOIT S'ACCOMPLIR L'EUDDA.

267. En principe, la femme doit accomplir sa retraite légale au domicile conjugal (2).

La loi impose donc l'obligation de rentrer à ce domicile pour y passer le temps de l'eudda :

1° Lorsque le mari l'en a fait sortir avant de la répudier, car alors, dit sidi Khalil, les soupçons sont à la charge du mari (3);

2° Lorsqu'elle occupe momentanément une habitation différente au commencement de l'eudda; par exemple, lorqu'elle est nourrice ou en service, et qu'elle demeure chez ses maîtres ou chez les parents de son nourrisson;

3° Lorsqu'elle commence son eudda pendant un voyage, et qu'elle est assez rapprochée du domicile conjugal pour pouvoir y rentrer avant la fin de sa retraite;

4° Lorsqu'elle s'est absentée pour une visite pieuse à un marabout ou à tout autre lieu vénéré.

Mais le principe souffre exceptions; ainsi :

La femme veuve, lorsqu'elle n'a pas eu de rapports intimes avec son mari ou que celui-ci n'avait pas de maison à lui ou d'habitation louée pour un temps correspondant à celui de l'eudda, peut se dispenser de passer sa retraite au domicile conjugal.

Il en est de même lorsque le mari a fait venir la femme chez lui

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 247.
(2) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 243; texte, p. 24.
(3) Texte, p. 24.

et l'y a retenue, non pas en qualité d'épouse, mais uniquement pour la soustraire à de mauvais exemples ou à de mauvaises fréquentations.

De même encore, lorsque la femme est trop éloignée du domicile conjugal pour pouvoir y entrer avant la fin de la retraite.

Encore, lorsque le domicile conjugal est tel que la femme ne puisse séparer sa demeure de celle de son mari et que le mari refuse de quitter l'habitation pendant l'eudda. « Dans ce cas, dit Mouradja d'Ohsson, la femme est autorisée à se retirer du domicile conjugal (1). »

La femme qui entre en eudda, lorsqu'elle est couverte du manteau de l'hiram, doit continuer le pèlerinage et ne songer à regagner le domicile du mari qu'après avoir accompli son œuvre pieuse.

Enfin, la femme qui est dans un pays étranger non soumis à la loi de l'islam lorsque commence pour elle la retraite légale, est libre de revenir au domicile conjugal, de rester en pays étranger ou de choisir une localité pour y accomplir l'eudda.

**268.** Les frais de retour au domicile conjugal sont à la charge du mari si la femme est répudiée, et à ceux de la femme en cas de décès du mari.

**269.** Dans les cas les plus ordinaires, l'eudda s'accomplit dans le domicile conjugal, mais il peut arriver :

1° Que la maison menace ruine;

2° Qu'elle soit vendue par le mari ou par ses créanciers;

3° Qu'elle soit affectée à la demeure d'un fonctionnaire;

4° Qu'elle soit constituée habous;

5° Qu'elle soit d'un voisinage dangereux pour la femme.

Dans la première hypothèse, la femme est autorisée à change de demeure; il y a force majeure.

Dans la seconde, la femme a le droit de demeurer dans le domicile conjugal jusqu'à l'expiration de l'eudda, quel qu'en soit le terme. La vente de l'immeuble peut cependant avoir lieu; mais les vendeurs (le mari ou ses créanciers) sont tenus de faire connaître à l'acquéreur le droit de la femme, et faute par eux de ce faire, la vente peut être résiliée, même avec dommages-intérêts.

(1) T. V, p. 244.

Dans la troisième espèce, lorsque la maison est affectée comme dépendance d'un service public à un fonctionnaire quelconque et que ce fonctionnaire décède ou répudie sa femme, celle-ci restera dans la maison jusqu'à l'expiration de sa retraite, et le mari, pas plus que son successeur, ne pourra l'obliger à changer de demeure.

Dans la quatrième, il y a lieu de distinguer. Le habous a-t-il été constitué au bénéfice du mari? La femme y passera tout le temps de son eudda. A-t-il été constitué au profit d'une mosquée? L'Imam pourra forcer la femme à sortir de la maison et à se retirer ailleurs pour terminer le temps de sa retraite.

Enfin, dans la cinquième et dernière hypothèse, si la maison est dangereuse par son voisinage, la femme pourra, après avoir porté plainte à l'autorité et y avoir été autorisée, changer de demeure pendant qu'elle accomplit son eudda.

٢٧٠. Sidi Khalil indique une autre exception au principe que la femme doit rester pendant la retraite légale au domicile conjugal, c'est l'exception relative à la femme bédouine, à celle qui une vie nomade. « La femme bédouine, dit-il, peut changer « de demeure, mais avec sa famille seulement (1). »

٢٧١. Lorsque la femme quitte le domicile conjngal pendant son eudda et pour une des causes que nous avons indiquées, elle a le droit de réclamer à son mari le prix de la location qu'elle est obligée de payer dans sa demeure nouvelle ; mais si elle abandonne le domicile du mari sans droit aucun, si elle s'enfuit, si elle viole les prescriptions de la loi, elle doit seule supporter les frais et les dépenses auxquels sa conduite aura donné lieu.

§ 5.

### CONDUITE DE LA FEMME PENDANT L'EUDDA.

٢٧٢. La femme doit passer tout le temps de l'eudda dans une retraite à peu près absolue. Il ne lui est permis, d'après les jurisconsultes, de ne sortir que le matin avant l'aurore, ou le soir

(1) Texte, p 25.

après le coucher du soleil, et ce, dans le but de se procurer les choses essentielles à la vie.

Quant à la veuve, elle est tenue, par respect pour la mémoire de son mari, quels que soient d'ailleurs son âge et sa religion (1), de négliger les soins de toilette auxquels ont recours les femmes musulmanes pour s'embellir. « Elle doit, dit Eschbach (2), re« noncer à la parure, ne se servir d'aucuns parfums, ne pas se « farder de blanc ou de rouge, ne porter ni habits neufs ni « étoffes claires, ne se peindre ni les pieds, ni les mains, ni les « cheveux, ne s'enduire de couleur noire ni les cils ni les sour« cils, et enfin ne point se parer de bijoux d'or ou d'argent. »

Ces dispositions ne trouvent toutefois aucune sanction dans la loi civile.

## SECTION II.

### DE L'ISTIBRA.

**273.** L'istibra est, nous l'avons dit (3), la retraite imposée à la femme qui a eu des rapports illicites.

Ces rapports, dès qu'ils ont existé ou qu'ils sont admis comme constants, entraînent forcément, pour la femme, la retraite dite de continence, sans qu'il y ait à distinguer s'ils ont été le résultat d'une erreur, d'une violence ou d'un consentement librement donné (4). En conséquence, que la femme ait cédé à un individu qu'elle croyait être son mari, qu'elle ait été prise de force ou qu'elle ait volontairement commis un adultère, elle doit, dans tous les cas, se soumettre à l'istibra.

**274.** La condition préalable et nécessaire de l'istibra est donc l'existence de rapports illicites. Cette existence se prouve par l'aveu des parties, par des déclarations de témoins ou par l'ensemble des circonstances. La loi la fait même résulter de ce que la femme a été enlevée, qu'elle a été emmenée comme prisonnière de guerre ou qu'elle a été vendue en qualité d'esclave. Et ces trois ordres de faits, qui par eux-mêmes ne constituent que des pré-

(1) Texte, p. 24.
(2) *Droit musulman*, p. 105.
(3) N° 241.
(4) P. 22.

somptions, acquièrent dans les mœurs et les habitudes arabes une certitude telle, que la loi ne permet pas la preuve contraire.

« Les réclamations de la femme, porte le texte (1), ne seront pas admises. »

**275.** Les délais de l'istibra sont les mêmes que ceux de l'eudda, trois qourou ou trois mois, suivant les explications que nous avons données.

Ils doivent être recommencés s'ils ont été interrompus, et se terminent, dans tous les cas, et quelle qu'en ait été la durée, par l'accouchement de la femme (2).

Et si la femme était soumise en même temps à l'eudda et à l'istibra, par exemple si elle avait eu des relations avec un tiers et que peu de jours après son mari fût décédé, la retraite à laquelle elle serait soumise serait la plus longue des deux, dans l'espèce, celle de décès (3).

**276.** La femme soumise à l'istibra ne peut pas, pendant sa retraite, contracter mariage ni avoir des relations avec son mari. « Le mari, dit sidi Khalil (4), ne devra pas cohabiter avec sa « femme pendant ce laps de temps (l'istibra), ni prendre aucune « privauté. » Cette règle a été appliquée par le kadi de Blida dans les circonstances suivantes :

La femme Khadidja demandait la nullité de son mariage, disant que l'acte intervenu n'était pas sérieux, et attestant en outre que depuis son mariage elle vivait dans la prostitution ; que son mari le savait, et même l'encourageait dans cette voie. Le mari répondait que les désordres de sa femme lui étaient inconnus, qu'il avait contracté avec elle un mariage valable, et qu'il exigeait que sa femme réintégrât le domicile conjugal.

Et par jugement en date du 22 novembre 1868, confirmé par arrêt du 22 février 1869, le kadi de Blida accueillit la demande du mari ; il ordonna que la femme réintégrerait le domicile et il ajouta cette disposition : « La femme Khadidja entrera immédia- « tement en retraite de continence. Cette retraite est indispen- « sable en présence de ses aveux constatant qu'elle a eu des rela- « tions avec divers individus. »

(1) P. 22.
(2) N° 257.
(3) P. 24.
(4) P. 22.

# CHAPITRE XII.

## DU DIVORCE.

---

SOMMAIRE.

277. Définition du divorce.
278. Section Ire. Divorce par consentement mutuel. — N'existait pas dans les anciennes coutumes. — Autorisé par le Koran.
279. Consentement des époux. — Compensation à payer. — Caractère de la compensation.
280. Qui peut consentir au divorce? — Rachida. — Safiha. — S'rira. — Père. — Ouaci. — Tuteur. — Mandataire. — Malade.
281. Consentement pur et simple ou conditionnel.
282. Pas de formule sacramentelle.
283. Ce qu'on peut donner en compensation.
284. Ce qui est défendu.
285. Compensation coutumière et maximum.
286. Compensations le plus ordinairement employées en Algérie.
287. Compensations à terme.
288. A quelles conditions elles sont autorisées.
289. Qui peut s'engager valablement à payer une compensation.
290. Toute compensation peut être cautionnée.
291. Payement de la compensation.
292. Garantie due au mari.
293. Le mari devient propriétaire de la chose à lui donnée en compensation. — Conséquences.
294. La compensation sujette à restitution. — Dans quels cas.
295. Pas de formalités essentielles à la validité du divorce.
296. Preuves du divorce.
297. Effets du divorce.
298. Contestations sur la validité ou les conditions du divorce.
299. Section II. Divorce par autorité de justice. — Autorisé par le Prophète.
300. Dans quels cas et pour quelles causes y a-t-il lieu à diverce par autorité de justice?
301. 1° Lorsque le mari manque aux obligations qui naissent du mariage.
502. *A*. S'il ne pourvoit pas à l'entretien de sa femme. — Jurisprudence.
303. Qu'entend-on par défaut d'entretien?
304. Le défaut d'entretien, pour le passé, ne peut donner ouverture à divorce.
305. Absence du mari du domicile conjugal. — Action ouverte trente jours après les derniers secours remis ou envoyés à la femme.

306. *B*. S'il ne remplit pas ses devoirs conjugaux. — Partage égal. — Impuissance. — Abstention du mari; volontaire, forcée.
307. *C*. S'il frappe sa femme, l'injurie, l'abandonne. — Concubine. — Jurisprudence.
308. Les coups doivent être prouvés. — Comment? — Exemples.
309. Les coups prouvés donnent toujours ouverture au divorce. — Blasphème, — Adultère.
310. 2° Lorsque le mari ne tient pas les engagements pris dans le contrat de mariage. — Jurisprudence.
311. 3° Pour assimilation injurieuse, anathème, serment ila. — Renvoi.
312. Pour absence ou emprisonnement du mari.
313. Pour adultère ou apostasie de la femme.
314. Demande en divorce formulée.
315. Par qui? — Rachida, safiha, s'rira, père, ouaci.
316. Contre qui? — Le mari ou son tuteur.
317. Devant qui? — Kadi, arbitres, medjlès. — Législation algérienne.
318. Procédure devant le kadi. — Modes de preuves. — Impuissance. — Mise en surveillance.
319. La mise en surveillance peut être suppléée par une caution.
320. Mais non par une nomination d'arbitres.
321. Prononcé du jugement.
322. Effets du divorce par autorité de justice. — Différence lorsqu'il est prononcé à la demande du mari ou à la demande de la femme.
323. Le divorce est baïn. — Exceptions.
324. Le jugement qui prononce le divorce est susceptible d'appel.

**277.** On appelle divorce la dissolution du mariage par consentement mutuel ou par autorité de justice.

## SECTION PREMIÈRE.

### DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.

**278.** La législation hébraïque ainsi que les anciennes coutumes arabes n'admettaient pas le divorce; elles ne connaissaient que la répudiation, c'est-à-dire la faculté donnée au mari seul de prononcer à sa volonté la dissolution du mariage (1). Dans quelques tribus arabes cependant, les femmes pouvaient se réserver par leur contrat la faculté de répudier leurs maris (2); mais cette faculté leur fut retirée par le fondateur de l'islamisme. Mahomet leur permit seulement de demander le divorce, et pour

(1) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. II, p. 229 et suiv.
(2) Perron, *Femmes arabes*, p. 214.

que cette demande fût plus facilement acceptée, il les autorisa à offrir à leurs maris une compensation ou prix compensatoire.

« Si une femme, porte le Koran (1), craint la violence de son « mari ou son aversion pour elle, il n'y a pas de mal à s'arran- « ger. » Et ailleurs (2) : « Si vous craignez de ne pas les obser- « ver (les commandements de Dieu), il ne résultera aucun péché « pour aucun de vous de tout ce que la femme fera pour se ra- « cheter. »

**279.** La compensation ou payement d'un prix déterminé est donc un moyen donné à la femme d'obtenir le consentement du mari à la dissolution du mariage ; mais ce prix ne constitue pas une condition essentielle, une condition sans laquelle le divorce serait frappé de nullité.

Le divorce est en effet valable par le seul fait du consentement mutuel des deux époux.

« La femme, porte le texte (3), est entièrement séparée de son « mari, quand même il n'y aurait pas de compensation stipulée, « mais seulement une formule indicative de divorce.

« Le divorce peut avoir lieu, dit Ibn Salamoune, d'après « Malek, avant ou après la consommation du mariage, avec ou « sans compensation. »

C'est là aussi la doctrine des Hanafites. L'Hedaya la formule en ces termes (4) : « Si le mari dit à la femme : Je suis déchargé du « mariage entre toi et moi, et que la femme consente, le divorce « a lieu par décharge mutuelle, c'est-à-dire que tous les droits et « devoirs des époux cessent sans compensation. » Et ailleurs (5) : « Il y a divorce dès qu'il y a consentement réciproque.

Et la jurisprudence a constamment validé les divorces consentis par les époux, alors que le mari soutenait que sa femme refusait de lui payer la compensation convenue. — Kadi de la 34[e] circonscription judiciaire, jugement du 25 mai 1865 ; kadi de la 32[e] circonscription judiciaire, jugement du 23 juillet 1869 ; Cour d'Alger, arrêt du 24 janvier 1870.

(1) Sourate IV, v. 127.
(2) Sourate II, v. 229.
(3) P. 25.
(4) T. 1, p. 323.
(5) T. 1, p. 318-320.

Et il ne faut pas voir dans ces mots du texte de sidi Khalil : « Le divorce est une répudiation moyennant compensation (1), » une définition juridique, comme on serait tenté de le croire, mais bien la simple indication d'une condition généralement imposée et que la loi autorise. (Voyez cependant les n°° 281 et 283 ci-dessous.)

**280.** Puisque le consentement seul suffit à la v lidité du divorce, indiquons qui peut donner valablement ce consentement.

En thèse générale, ceux qui ont droit de consentir au mariage peuvent consentir au divorce. Cette règle souffre cependant de nombreuses exceptions ; ainsi :

Dans les rites malékite et chaféite, la femme pubère a un droit personnel; elle seule a qualité pour consentir à son divorce, quoiqu'elle ne soit pas toujours appelée à consentir à son mariage (2). C'est ainsi, pour n'en citer qu'un exemple, que nous lisons dans un jugement du 30 octobre 1871 : « La femme Fathma bent es « Saïd comparaît en personne et demande le divorce. »

Le père ne consent valablement pour sa fille que lorsqu'il lui a imposé le mariage, qu'elle est encore sr'ira et, de plus, qu'il a conservé dans sa plénitude sa puissance paternelle (3). Mais lorsqu'il remplit ces conditions, sa qualité est incontestable ; aussi voyons-nous le kadi de Médéa déclarer, par jugement du 9 juin 1865, que le père a pu valablement consentir au divorce de sa fille sr'ira et payer, à titre de compensation, une somme de 60 francs et un sâa de blé. — Jugement confirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 3 novembre 1865.

Le ouaci n'a le droit de consentir au divorce de sa pupille que lorsqu'elle est sr'ira et qu'il a sur elle tous les pouvoirs du père de famille.

La sr'ira elle-même ne peut pas valablement consentir au divorce ; cependant le divorce auquel elle aurait consenti n'est point nul. El Kharchi dit en termes formels que lorsque le mari a donné le divorce à sa femme mineure moyennant une compensation qu'il a touchée, le divorce sera maintenu et la compensation restituée.

(1) Texte, p. 25.
(2) *Traité du mariage*, n° 44.
(3) Texte, p. 26.

La safiha peut seule donner un consentement valable. Telle est, du moins, la doctrine de quelques auteurs, doctrine contestée, il est vrai, ce qui fait dire à sidi Khalil : « Il y a divergence (1). »

Le rite hanafite accorde aussi à la femme pubère ou safiha le droit exclusif de consentir au divorce, et en ce qui touche la fille sr'ira, il n'autorise le père ou le ouaci à y consentir qu'à titre provisoire, au moins dans certains cas.

« Si un père, porte l'Hedaya (2), divorce sa fille mineure « moyennant une compensation qu'il s'engage personnellement à « fournir, le divorce sera valable ; si la compensation est laissée à « la charge de la fille, celle-ci aura la faculté, lorsqu'elle sera « majeure, d'accepter ou de refuser le divorce, et ainsi on ap- « plique les hadits du Prophète portant que « le divorce ne « peut avoir lieu que du consentement de la femme. »

Le mari consent par lui-même ou par un oukil s'il est safih ou baler' (3), et par l'intermédiaire de son père ou de son tuteur s'il est sr'ir (4).

Le mari malade, et nous rappelons qu'il s'agit d'une maladie qui, suivant les probabilités, entraîne la mort (5), donne aussi un consentement valable ; mais la loi ne veut pas que, par un mouvement de colère, manifesté *in extremis*, le mari puisse priver sa femme des droits à sa succession. Si donc le mari meurt de la maladie dont il est atteint lorsqu'il prononce le divorce, la femme conserve ses droits héréditaires (6). Elle les conserve également dans le cas où le mari déclarerait que, pendant qu'il était malade, il a divorcé sa femme alors qu'il était en bonne santé. « Cette déclaration, dit le texte, ne produit pas plus d'effet que si le divorce avait été prononcé pendant la maladie. »

La femme malade peut aussi consentir valablement au divorce ; seulement il y a blâme de la loi, blâme qui remonte au mari, parce qu'il est présumé avoir déterminé le divorce par son influence, et qui l'oblige à une restitution si la femme vient à décéder. Cette restitution est, suivant quelques jurisconsultes, de la totalité du

(1) Texte, p. 26.
(2) T. I, p, 325.
(3) Voir *Commentaires du mariage*, n° 17.
(4) Texte, p. 26.
(5) *Commentaires du mariage*, n° 39.
(6) Texte, p. 26.

prix compensatoire qu'il a reçu, et, suivant d'autres, de la différence seulement qui existe entre ce prix compensatoire et le montant des droits qu'aurait eus le mari dans la succession de sa femme s'il n'y avait pas eu divorce (1).

**281.** Le consentement est pur et simple ou conditionnel.

*Pur et simple*, il produit effet à partir du moment où il est donné;

*Conditionnel*, il n'entraîne le divorce que lorsque la condition est accomplie. Mais il peut arriver que l'époque à laquelle a été donné le consentement pur et simple soit ignorée; par exemple, quand un mari déclare, dans sa dernière maladie, qu'il a précédemment divorcé sa femme; ou bien encore lorsqu'il est établi après la mort du mari que la femme a été divorcée, mais sans que, dans l'un ou l'autre cas, on puisse préciser l'époque à laquelle le divorce a eu lieu. Le consentement ne remontera alors qu'au moment où il sera possible d'en justifier, c'est-à-dire, dans les deux espèces ci-dessus rapportées, à la dernière maladie ou à la mort du mari, et la femme conservera ses droits héréditaires (2).

Quant à la condition mise au consentement, elle est toujours suspensive. Je consens au divorce si tu me donnes telle somme ou tel objet, si tu prends tel engagement, et son inexécution ne donne jamais au mari le droit de faire annuler le divorce prononcé.

« Si le mari, porte l'Hedaya (3), a dit : « Tu es divorcée pour « mille » et que la femme accepte, le divorce est encouru et le « mari n'a pour le payement des mille qu'une créance sur la « femme. » Et c'est là le principe appliqué par une jurisprudence constante, notamment par le kadi de la 34ᵉ circonscription judiciaire d'Alger, qui, par jugement du 25 mai 1865, a débouté de sa demande un mari qui voulait faire annuler un divorce par ce motif que sa femme ne lui avait pas livré, à l'époque convenue, la compensation stipulée.

**282.** La loi n'exige pas plus pour le mariage que pour le divorce des termes sacramentels; elle veut seulement que le consentement soit formellement exprimé; il ne suffirait donc pas que

(1) Texte, p. 26.
(2) Texte, p. 26.
(3) T. I, p. 320.

le mari déclarât qu'il ne reprendrait sa femme que si elle lui donnait une indemnité ; qu'il veut répudier sa femme ; qu'il a fait avec elle un arrangement relatif aux intérêts qu'ils ont à débattre ensemble ; qu'il a remis ou reçu un objet, une valeur (1), parce que ces actes ou ces formules n'impliquent pas nécessairement l'existence du divorce, l'intention par les époux de dissoudre leur union d'un consentement mutuel. Mais que le mari dise à sa femme (2) : « Donne-moi mille et je te divorce ; » « je te divorcerai quand tu voudras ; » « je te divorce par un ou moyennant ce vêtement d'Hérat (quoiqu'il vienne de Mérou), ou par ce que tu as dans la main, » et que la femme consente ensuite et livre la somme ou la chose désignée, le divorce sera valable, parce que la volonté des deux époux est manifeste. Il en serait de même si, après une répudiation imparfaite (3), le mari recevait quelque chose de sa femme pour renoncer à elle, s'il lui faisait épouser un tiers ou s'il la mettait en vente (4). Le jurisconsulte el Lakhmi ne pense pas cependant que, dans les deux derniers cas ci-dessus rapportés, le divorce soit encouru.

**283.** Nous avons indiqué aux nos 278 et 2[illegible], l'origine et le but de la compensation, et nous avons montré, par les textes et par la jurisprudence, qu'elle ne constituait pas une condition essentielle à la validité du divorce. Toutefois, il peut arriver que le mari ne veuille consentir au divorce qu'à la condition *sine qua non* qu'on lui remettra la compensation stipulée. C'est même ce qui a lieu le plus généralement, et ce que, du reste, les jurisconsultes considèrent comme une présomption légale :

1° Lorsque la femme donne en compensation une chose sur laquelle elle n'avait aucun droit (5) ; 2° lorsque le mandataire du mari accepte une compensation inférieure à celle qu'il était chargé de demander (6). Dans ces cas, dit sidi Khalil, il n'y a pas de divorce, le divorce n'est pas obligatoire.

La compensation peut ainsi devenir une condition de la validité du divorce, et il importe, dès lors, de préciser quelles sont les

(1) Texte, p. 26.
(2) Texte, p. 26 et 27.
(3) V. ci-après, n° 364.
(4) Texte, p. 26.
(5) Texte, p. 27.
(6) Texte, p. 27.

choses qui peuvent être données en compensation, qui peuvent permettre à la femme d'obtenir la dissolution légale de son mariage.

Tout ce qui est susceptible d'être constitué en dot peut servir de compensation. En conséquence, tout ce qui est dans le commerce, tout ce qui se vend et s'achète, tout ce dont la possession est permise par la loi peut être valablement remis au mari. Les jurisconsultes vont même plus loin; désireux de faciliter à la femme les moyens de se rédimer de la puissance maritale, ils l'autorisent à donner valablement :

1° Des choses défendues, comme du vin, et des choses volées (1), à la condition, toutefois, que le mari ait connaissance du vice dont elles sont atteintes. Ces choses seront détruites ou restituées à leur propriétaire, le mari ne pourra pas s'en servir, il n'en tirera aucun avantage, il n'aura même aucun recours (2) pour s'en faire livrer d'autres ou en réclamer la valeur, et, de plus, la connaissance qu'il a eue que ces choses étaient défendues ou volées établit la présomption légale qu'il ne tenait pas à la compensation; aussi le divorce sera-t-il valable.

2° Des valeurs aléatoires ou indéterminées, telles : qu'un enfant que l'esclave porte dans son sein, des animaux égarés, des récoltes sur pied (3), etc.

3° L'engagement personnel pris par la femme de pourvoir à son entretien pendant sa grossesse, de renoncer à la hadana, de nourrir l'enfant issu de son mariage pendant les deux ans qui constituent la période d'allaitement (4);

4° La vente d'une co-propriété. « Si la femme, porte le texte, a « vendu la moitié d'un esclave en compensation et que l'esclave « prenne la fuite, la femme restituera le prix qu'elle aura reçu « pour la moitié vendue. »

**284.** Mais la loi défend de donner en compensation une chose sur laquelle on n'a aucun droit et, en général, tout ce qui serait contraire aux prescriptions formelles du Koran, « parce que, dit « l'Hedaya (5), il ne peut dépendre de la volonté des hommes de « changer les lois divines. »

(1) Texte, p. 27.
(2) Texte, p. 27.
(3) Texte, p. 27, el Karchi.
(4) Hedaya, t. I, p. 315.
(5) Hedaya, t. I, p. 315.

Et rentrent dans cette catégorie : l'engagement par la femme de sortir imédiatement du domicile conjugal, puisqu'elle doit y rester pendant les délais de l'eudda (1); la faculté donnée au mari de se libérer d'une dette avant l'échéance ou après un délai déterminé, parce que ces stipulations sont particulières au prêt à intérêt, et que ce prêt est sévèrement défendu par la loi musulmane (2).

L'engagement par la femme de nourrir ses enfants pendant plus de deux ans, parce que le Koran limite à cette durée la période d'allaitement (3). La loi refuse également de considérer comme prix compensatoire la remise par la femme d'une chose ou d'un objet laissé à sa volonté, et dont la valeur serait inférieure à ce qu'on donne habituellement dans le pays.

**285.** Le taux de la compensation dépend uniquement de la volonté des parties. Il est fixé par la convention même du divorce. Et si cette convention mentionne une chose indéterminée quant au prix, un cadeau par exemple, un cheval, un mouton, la femme sera tenue de livrer une chose de valeur moyenne. Dans l'origine on admit une compensation coutumière et une compensation maximum. La première était, comme la dot coutumière, fixée d'après les usages locaux. Nous la trouvons mentionnée par sidi Khalil, lorsqu'il dit : « Si le mari a laissé son mandataire ou sa « femme libre de fixer la compensation, il jurera, s'il n'accepte « pas la fixation faite, qu'il avait entendu recevoir le prix cou- « tumier (4). »

La seconde était égale au montant de la dot, et son institution s'appuyait sur le hadits suivant : « Une femme alla exposer au « Prophète l'aversion qu'elle avait pour son mari. Donne lui, dit « le nabi, quelque chose pour qu'il te divorce. Je lui donnerai, « répartit la femme, ma dot, mais pas davantage. — C'est juste, « répliqua le Prophète, pas davantage. »

Mais ces deux sortes de compensation ne paraissent pas être restées longtemps en vigueur; la première est mentionnée une seule fois et incidemment par sidi Khalil; et, quant à la seconde,

(1) Koran Sourate, II, v. 231.
(2) Perron, traduction de sidi Khalil, t. II, et texte, p. 27.
(3) Koran Sourate II, v. 233.
(4) Texte, p. 27.

l'Hedaya qui la rapporte reconnaît qu'elle n'est plus observée. « Le mari, dit-il (1), peut exiger une compensation plus « élevée que la dot par lui fournie. C'est abominable, mais cela « est permis. » Et en exécution de cette règle, le cadi des Heumis a passé, le 8 avril 1872, un acte aux termes duquel un mari, Boukhatem, qui avait constitué à sa femme une dot de 20 francs, a reçu d'elle, pour consentir au divorce, une compensation de 175 francs.

**286**. Les compensations les plus ordinairement employées en Algérie sont, d'après les documents judiciaires que nous avons consultés :

1° Le payement d'une somme d'argent.

Le demandeur Ali a déclaré qu'il divorçait Fathma, mais à la condition qu'on lui donnerait 25 francs, et cette somme lui ayant été donnée, Ali a déclaré formellement, en présence des adouls, qu'il divorçait Fathma sans retour. — Jugement du kadi de la 29e circonscription judiciaire de la province de Constantine du 26 mai 1861.

2° L'engagement de payer à terme une somme déterminée.

« Le divorce a eu lieu moyennant la somme de 225 francs que « la femme s'est engagée, sous caution de son père, à payer « dans un délai d'un mois et demi. » — Acte du kadi de la 37e circonscription judiciaire d'Alger du 13 juin 1865.

« Le mari a consenti à divorcer sa femme moyennant l'enga- « gement pris par cette dernière de lui payer une somme de « 150 francs lorsqu'elle se remarierait, attendu qu'en ce mo- « ment elle n'a pas de ressources suffisantes. » — Jugement du kadi de la 32e circonscription d'Oran du 9 avril 1864.

3° La restitution de la dot livrée.

« La femme Oumm Saad a dit que son mari était méchant avec « elle, et qu'elle offrait de rendre la dot qu'elle avait reçue pour « obtenir son divorce. Le mari, Embarek ben el Hadj el Amir « ayant accepté, le divorce a été prononcé. » — Acte du kadi de la 1re circonscription d'Alger de 1864.

La femme Messaouda a déclaré que, pour obtenir son divorce,

(1) T. I, p. 314.

elle cédait et abandonnait à son mari la somme de 925 francs, montant de la dot à elle constituée. — Acte du kadi, 16e circonscription de Constantine, du 27 avril 1862.

4° L'abandon du kali restant dû par le mari.

« Lequel a déclaré divorcer sa femme après que celle-ci lui a « eu fait abandon de ce qu'il reste devoir sur sa dot. » — Acte du kadi de Mascara du 3 juin 1866.

5° L'engagement de nourrir et entretenir les enfants issus du mariage.

« Lequel a divorcé sa femme Kheira à la condition, acceptée « par celle-ci, qu'elle nourrirait et entretiendrait pendant deux « ans sa fille Fathma, issue de lui. » — Acte du kadi de Mascara du 5 janvier 1865.

6° Ou l'enfant dont elle serait enceinte au moment du divorce. — Jugement du kadi de la 22e circonscription judiciaire d'Oran du 10 juin 1865.

**287.** Il résulte de ce qui précède, que la compensation ne doit pas être nécessairement payée au moment même du divorce, qu'elle est parfaitement valable quoique stipulée à terme. Sidi Khalil rapporte, dans son texte (1), que des jurisconsultes ont émis un avis contraire; mais cette opinion, qui pouvait être facilement soutenue dans les commencements de l'islamisme, à l'époque où la dot devait, elle aussi, être payée au moment du mariage, dut nécessairement être abandonnée dans la suite lorsqu'on admit que la dot pourrait se diviser en deux parties, que l'une de ces parties serait seule exigible lors du mariage, et que l'autre pourrait être payable à terme. On plaça la femme dans les mêmes conditions que l'homme, on lui accorda, pour se rédimer, les mêmes facilités qu'à l'homme pour se marier.

**288.** Seulement on exigea que le terme fût fixé au moment du divorce, sous peine de voir la compensation devenir immédiatement exigible (2).

La jurisprudence a admis, toutefois, qu'il y avait terme suffisamment fixé dans la stipulation par laquelle une femme s'engageait à payer une somme lorsqu'elle se remarierait. C'est ainsi

(1) Texte, p. 28.
(2) Texte, p. 28.

que dans l'acte déjà cité du kadi de Mascara, du 5 janvier 1865, nous trouvons la clause suivante :

« Et en outre, la femme Kheira payera à son mari la somme « de 100 francs lorsqu'elle contractera mariage avec un autre « homme ; »

Que dans un contrat de mariage dressé le 14 juin 1868, par le kadi de la 31e circonscription judiciaire d'Alger, il est dit : « Le « mari, Brahim, consent à divorcer moyennant 17 douros que sa « femme Freha s'est engagée à lui payer dès qu'elle se mariera de « nouveau ; »

Que l'acte de divorce passé entre Ali ben Abd alla et Baya bent el Kodja, produit dans une instance terminée par arrêt de la Cour d'Alger du 18 mai 1869, contient la stipulation suivante : « Le mari a divorcé sa femme, et celle-ci s'est engagée à lui re- « mettre 200 francs lorsqu'elle contracterait un nouveau ma- « riage. »

**289.** Voyons maintenant qui peut valablement s'engager à payer une compensation.

La femme d'abord, ses parents, ses amis et même des étrangers. El Kharchi dit, en effet : « Tout parent, tout étranger, peut de- « mander le divorce au nom de la femme si elle l'en a chargé et « s'engager valablement à payer la compensation. » El sidi Khalil : « La compensation peut être fournie par toute personne autre que la femme, pourvu qu'elle soit maîtresse de ses actions (1). » Et il ajoute que la femme non émancipée ne remplissant pas cette condition, ne peut donner de compensation, et que si le mari en a accepté une venant d'elle seule, la compensation sera considérée comme nulle, le mari sera tenu de la restituer et le divorce sera changé en répudiation (2). Il en est de même, à plus forte raison, pour toute compensation consentie par une femme sr'ira ou esclave (3).

**290.** La compensation peut, comme toute autre dette, être cautionnée et, en fait, le mari exige presque toujours qu'un parent de la femme ou un tiers solvable lui garantisse le payement, à l'époque convenue, de la compensation qu'il ne re-

(1) Texte, p. 28.
(2) Texte, p. 28.
(3) Texte, p. 28.

çoit pas au moment du divorce. — Kadi de Constantine, acte du 1er mars 1867.

Dans ce cas, les règles ordinaires du cautionnement sont applicables.

**291.** Voilà la compensation fixée et garantie. Cette compensation constitue une créance qui s'éteindra par l'abandon, la confusion, la novation et le plus souvent par le payement, s'il s'agit d'une somme d'argent; par la délivrance, s'il s'agit d'objets déterminés. Ce payement ou cette délivrance doivent se faire dans le lieu et aux époques fixées par la convention, et si la convention est muette à cet égard, la remise effective entre les mains du mari, à quelque époque que ce soit (1), libérera le débiteur de la compensation. Elle ne le libérera, bien entendu, qu'à la condition d'être complète, de comprendre tous les objets dont la compensation se compose : deux sâas de blé, dix mesures d'orge, les dix moutons qu'elle possède, etc., etc. Et si la désignation de ces objets n'est pas telle que chacun d'eux ne puisse être spécialement reconnu, comme cinq moutons, trois bœuf, deux chameaux, le mari ne pourra exiger que des objets de la nature déterminée et d'une valeur moyenne (2). Et si la compensation est une somme d'argent, le mari ne sera tenu de recevoir que des pièces de monnaie ayant cours (3).

**292.** Mais le débiteur n'est pas seulement obligé de délivrer les choses données en compensation, il doit encore en garantir la possession paisible au mari. Sidi Khalil pose ce principe par cet exemple : « La femme, dit-il (4), payera la valeur d'un esclave par « elle donné et qui serait revendiqué. »

**293.** Par la délivrance à lui faite, le mari devient propriétaire de la compensation et, dès lors, il est, à partir de ce moment, seul responsable des pertes et détériorations, des frais d'entretien, de transport et autres. Aussi l'auteur du *Précis de la jurisprudence* déclare-t-il que si la compensation se compose d'un esclave qui s'est enfui ou d'un animal qui s'est égaré, le mari qui a accepté la compensation ainsi déterminée est seul tenu de pour-

(1) Texte, p. 28.
(2) Texte, p. 28.
(3) Texte, p. 28.
(4) Texte, p. 28.

voir aux dépenses nécessaires pour retrouver l'esclave ou l'animal (1), et encore que si la femme a donné en compensation la moitié d'un esclave et qu'elle ait vendu l'autre moitié à son mari, et qu'ensuite l'esclave s'enfuie, elle n'aura à restituer que le prix par elle reçu de la moitié vendue (2).

Il y a divergence pour le cas où le divorce a été prononcé moyennant telle récolte pendante dans tel jardin ou dans tel champ. Quelques jurisconsultes paraissent vouloir que les frais restent, dans ce cas, à la charge de la femme; d'autres les font supporter par le mari (3). Ce n'est là, au surplus, qu'une question d'interprétation des conventions et qui trouvera sa solution bien plus dans les termes du contrat et dans l'intention présumée des parties que dans l'application rigoureuse d'une règle de droit.

Dans tous les cas, le mari n'encourt la responsabilité qu'à partir du moment où il acquiert la propriété de la compensation. Si donc le divorce a lieu moyennant l'enfant dont telle esclave accouchera, la récolte que tel terrain produira, etc., la femme sera tenue de nourrir l'esclave jusqu'à son accouchement, de surveiller la récolte, et le mari n'aura à supporter que l'entretien de l'enfant après sa naissance, la perte ou la détérioriation de la récolte lorsqu'elle sera faite (4).

**294.** Le mari qui a perçu indûment une compensation est tenu de la restituer, et il est considéré comme l'ayant indûment perçue dans tous les cas où le mariage pouvait être dissous sans qu'on fût obligé de recourir au divorce, c'est-à-dire :

1° Lorsque le mariage était nul comme ayant été contracté malgré un empêchement dirimant;

2° Lorsque le mariage pouvait être annulé par l'exercice du droit d'option réservé à la femme ;

3° Lorsque le mari avait précédemment répudié sa femme définitivement;

4° Enfin, lorsque la femme avait le droit de demander le divorce par autorité de justice.

Ces causes de restitution sont formellement indiquées par sidi

(1) Texte, p. 29.
(2) Texte, p. 28; ci-dessus, n° 283.
(3) Il y a deux avis, dit sidi Khalil.
(4) Texte, p. 29.

Khalil dans son texte (1) ; elles s'expliquent d'elles-mêmes et n'ont pas besoin de commentaires. Nous rapporterons seulement un jugement du kadi de la 2e circonscription judiciaire de Constantine, du 2 août 1863, qui a ordonné la restitution du prix compensatoire dans les conditions prévues par le n° 4.

« Fathma bent Saïd a exposé qu'elle avait été divorcée par son « mari le 10 juillet précédent ; que pour obtenir son divorce elle « avait dû remettre à son mari une somme de 400 francs ; qu'elle « demandait aujourd'hui la restitution de cette somme parce « qu'elle avait été contrainte de la payer par suite des mau- « vais traitements que son mari lui faisait subir, des violences « qu'il exerçait sur elle, des maux de toutes sortes dont il l'ac- « cablait.

« Le mari a nié les allégations de sa femme divorcée.

« Fathma a alors produit des témoins qui ont justifié les faits « qu'elle a avancés.

« Et le kadi a pris ses adouls à témoin qu'il jugeait en faveur « de la femme ; qu'il maintenait le divorce prononcé le 10 juillet, « mais qu'il annulait l'engagement pris par la femme de payer « la somme de 400 francs et condamnait le mari à restituer cette « somme s'il l'avait reçue. »

**295.** Passons aux formalités.

Il n'y a pas de formalités essentielles à la validité du divorce. « Le divorce, porte le texte (2), est licite même sans juge- « ment » et, par jugement, il faut entendre ici toute espèce d'acte passé devant le kadi, puisque nous avons vu que le divorce est encouru dès que les époux y ont tous deux consenti.

Remarquons toutefois que lorsqu'il intervient un acte pour constater le divorce, cet acte ne porte pas : « Les époux ont, d'un commun accord, déclaré qu'ils entendaient dissoudre leur union par le divorce. »

L'inégalité des sexes apparaît et le mari seul est appelé à prononcer la rupture de l'union conjugale, qu'il en ait proposé ou simplement accepté les conditions. Ainsi, « la somme demandée « lui ayant été remise, Ali a déclaré formellement, en présence

(1) Texte, p. 28.
(2) Texte, p. 25.

« des adouls, qu'il divorçait sa femme Fathma. — Le mari a dé-« claré divorcer sa femme, après que celle-ci lui a eu fait abandon « de ce qu'il restait lui devoir. — Le mari a divorcé sa femme « Kheïra à la condition, acceptée par celle-ci, de nourrir sa fille « Fathma (1). »

**296.** Dès que la loi n'a entouré le divorce d'aucune formalité particulière, d'aucune garantie spéciale, son existence peut être prouvée par tous les moyens autorisés par la loi. Les parties peuvent donc s'appuyer sur l'aveu réciproque qu'elles auraient fait, sur la déclaration de témoins, pourvu que ces témoins, non sujets à récusation, soient dans les conditions voulues pour donner un témoignage valable, enfin, et par préférence, sur un acte passé devant le kadi. Cet acte n'est point nécessaire, mais il est généralement employé, parce qu'en dehors de la preuve de la dissolution du mariage, il contient les conditions pécuniaires auxquelles cette dissolution a eu lieu et sert ainsi de titre de créance.

Voici un exemple de preuve testimoniale :

La femme el Akri bent Ahmed soutenait devant le kadi de la 2e circonscription judiciaire de Constantine, que son mari Ramdam ben Mohamed l'avait divorcée moyennant l'abandon de ce qu'il lui restait devoir sur sa dot et l'engagement qu'elle avait pris de lui restituer les bijoux qu'il lui avait donnés et de lui payer une somme de 300 francs. Le mari niait le divorce. « La femme fut alors invitée à faire la preuve de ce qu'elle avait avancé. Elle produisit trois témoins, dont les deux premiers ont déclaré et attesté, dans leurs dépositions, « qu'ils étaient présents dans le lieu et au « moment même où ledit Ramdam avait divorcé son épouse pré-« nommée par un, antérieurement à l'époque fixée pour la coha-« bitation entre les époux et à la condition que la femme lui ren-« drait les bijoux en argent qu'il avait achetés pour elle, et « qu'elle lui payerait une somme de 300 francs.

« Le troisième témoin a déclaré et attesté dans sa déposition « qu'il était présent dans le lieu et au moment où est intervenu « le divorce et où les époux ont arrêté entre eux une convention « aux termes de laquelle une somme de 300 francs devait être « payée par la femme au mari.

(1) Ci-dessus, n° 286.

« Les témoins entendus dans l'enquête, après avoir subi les « épreuves indiquées par la loi, ont été reconnus pour des gens « honorables et dignes de foi en justice. »

Le défendeur n'a produit contre eux aucune récusation.

Et le kadi a, par jugement du 18 juillet 1863, déclaré constant le divorce dont s'agit, conformément aux dépositions des témoins et à la condition par la femme de restituer les bijoux et de payer les valeurs ci-dessus, ce à quoi elle sera contrainte.

Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour d'Alger en date du 31 mai 1864.

**297.** Voilà le divorce prononcé, établi, prouvé, quel en sera l'effet? Il dissoudra l'union conjugale. Et cette dissolution sera baïn, sauf conventions contraires, et encore ces conventions ne sont-elles autorisées que pour le cas où le divorce a eu lieu sans compensation ou avec compensation payée par le mari.

Lorsque, dit el Karchi, le mari a reçu un prix compensatoire de sa femme, le divorce est toujours baïn, et si le divorce a eu lieu sans compensation, mais que pendant l'eudda la femme offre de l'argent ou un objet quelconque à son mari pour renoncer à elle et que le mari accepte, le divorce deviendra également baïn, et les époux ne pourront se réunir qu'à la suite d'un nouveau mariage et d'une nouvelle constitution de dot (1).

Il en serait de même si le mari, après avoir accordé le divorce sans compensation, cherchait à vendre sa femme ou à lui faire contracter un mariage avec un tiers. Le divorce serait baïn et la séparation des époux définitive (2).

**298.** Mais des contestations pourront s'élever et porter tantôt sur la validité même du divorce, tantôt sur les conditions auxquelles le divorce a été consenti.

Dans le premier cas, celui des époux qui contestera la validité du divorce, devra soutenir qu'il n'y a pas consentement, ou que le consentement n'a pas été régulier, qu'il a été donné par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence.

Et la jurisprudece musulmane considère qu'il y a eu erreur, lorsque le mandataire du mari a accepté une compensation infé-

(1) Ci-après, n° 356
(2) Texte, p. 26.



rieure à celle qui lui avait été désignée (1) lorsque le même mandataire ou la femme, laissés libres l'un ou l'autre de fixer le montant de la compensation, ne la portent pas à la valeur coutumière (2). Le mari sera seulement tenu, dans ce dernier cas, d'affirmer par serment que son intention était de recevoir le prix déterminé par les usages locaux (3).

Elle admet qu'il y a fraude, lorsque la femme a donné en compensation une chose sur laquelle elle savait n'avoir aucun droit, lorsque le mari dit : Donne-moi quelque chose pour que je te divorce et que la femme lui a remis un objet d'infime valeur ; lorsque la femme ayant demandé à son mari : Veux-tu me divorcer pour ce que j'ai dans la main, et que le mari ayant consenti, il est reconnu que la femme n'avait rien; lorsque le divorce intervient après une répudiation définitive, après un mariage nul ou sujet à annulation.

Elle reconnaît qu'il y a violence lorsque le mari a usé de voies de fait ou d'injures suffisantes pour faire prononcer le divorce par autorité de justice, ou lorsqu'il est prouvé que la femme n'a donné son sonsentement que pour se soustraire aux sévices qu'elle endurait de la part de son mari. Et la preuve que demande la loi résultera du serment de la femme, confirmé par le témoignage d'un seul homme ou de deux femmes (4).

Mais y a-t-il vice du consentement et, par suite, action en nullité du divorce, lorsque le mandataire de la femme promet une compensation de mille par exemple, alors que la femme n'avait autorisé à offrir qu'un prix de cinq cents? Non, répond el Kharchi. Le mari a consenti au divorce, le divorce sera maintenu. La femme payera les cinq cents dont elle avait autorisé l'offre, et le mandataire qui est en faute vis-à-vis du mari payera les cinq cents de surplus.

Dans le second cas, si la contestation porte sur le montant de la compensation, les époux se présenteront devant le kadi, et celui-ci décidera suivant les preuves produites, et à défaut, d'après le serment. Si donc le mari prétend avoir divorcé pour mille, on déférera le serment à la femme, et si elle refuse de le prêter elle sera condamnée à payer mille; mais si au contraire

(1, 2, 3) Texte, p. 27.
(4) Texte, p. 28.

elle le prête et qu'elle affirme que la compensation n'était que de cinq cents, le mari ne recevra que cinq cents. Et si le mandataire de la femme a promis au mari une compensation supérieure à celle qui lui avait été spécifiée, ce mandataire sera seul tenu de la différence (1).

Enfin, si la contestation s'élève sur l'état des objets livrés en compensation, le kadi décidera s'ils sont de qualité moyenne et remplissent les conditions voulues, et si les objets promis ont disparu et qu'on ne puisse prouver s'ils ont été ou non livrés, on ajoutera foi à la déclaration faite par le mari sous serment. C'est le principe dont sidi Khalil fait une application en ces termes : « Le mari sera cru, lorsqu'il déclarera que l'esclave donné en compensation était mort ou qu'il était atteint de vices rédhibitoires avant le divorce (2). »

## SECTION II.

### DIVORCE PAR AUTORITÉ DE JUSTICE.

**222.** Lorsque la femme n'a pas de plaintes graves à adresser à son mari, elle peut, au moyen du divorce par consentement mutuel, obtenir la dissolution de son mariage, mais lorsque le mari manque à un engagement ou qu'il se porte vis-à-vis d'elle à des excès, à des sévices, à des violences, elle n'a plus besoin de consentement, elle peut s'adresser au kadi et lui demander de prononcer le divorce. Le divorce par autorité de justice diffère donc du divorce par consentement mutuel en ce que celui-ci est le résultat d'une convention librement consentie, tandis que celui-là est infligé au mari comme une peine ou un châtiment pour le tort ou le préjudice qu'il a causé à la femme.

Le droit pour le kadi de prononcer le divorce résulte de ces paroles du Prophète : « Si un mariage cause à la femme un pré« judice, vous le casserez (3) » et de l'application qu'il en fit lui-même. Informé que Sebia, fille de Harits, avait volontairement quitté la Mecque alors païenne pour se retirer à son camp à Hedéï Cayé et que son mari avait refusé de la suivre, il rompit

(1) Texte, p. 27.
(2) Texte, p. 29.
(3) Hadits rapporté par Bokhari,

son mariage et la déclara libre de contracter une nouvelle union (1).

**300.** Il y a lieu à divorcer par autorité de justice toutes les fois que le mari manque aux obligations que la loi impose, qu'il refuse de remplir les engagements pris dans le contrat de mariage ou qu'il prononce une assimilation injurieuse ou le serment ila.

**301.** Les obligations du mari consistent, ainsi que nous l'avons vu au chapitre des droits et des devoirs des époux, à pourvoir à l'entretien de sa femme, à remplir vis-à-vis d'elle ses devoirs conjugaux et à la traiter avec bonté et affection (2).

**302.** Et il a été décidé que le mari manquait à son obligation d'entretien et, par conséquent, que le divorce pouvait être prononcé :

Lorsqu'il laissait sa femme sans aliment. — Cour d'Alger, arrêts des 20 septembre 1862 et 15 janvier 1872 ;

Qu'il la privait de vêtements. — Kadi de Tlemcen, 11 octobre 1864 ;

Qu'il l'obligeait à mendier pour vivre. — Kadi de Sétif, 28 mars 1865 ; Cour d'Alger, 28 juin 1865 ;

Qu'il lui faisait souffrir la faim. — Abd el Baqui es Zorkani, Imam Ebnou Ferhoun ; jugement du kadi de Mascara, du 28 octobre 1864 ;

Qu'il l'abandonnait dans un état de dénûment complet. — Kadi de Mostaganem, jugement du 8 décembre 1861, de Tlemcen ; du 19 juin 1862 ; de la 67e circonscription judiciaire d'Oran, jugement du 1er janvier 1867 ; Cour d'Alger, arrêt du 10 avril 1867 ;

Qu'il la laissait, pendant une absence de plusieurs mois, sans ressources aucunes. — Jugement du kadi de Ténès, du 21 juin 1868 ; du kadi d'Aumale, du 23 août 1863 ; arrêts de la Cour d'Alger des 6 juin 1864 et 6 mars 1867 ;

Qu'il quittait le domicile conjugal sans fournir d'aliments. — Arrêt de la Cour d'Alger, du 6 mars 1767 ;

Qu'il ne fournissait à sa femme ni lit pour se coucher ni vêtements pour se couvrir. — Jugement du kadi de Cherchell, du 30 juillet 1862 ;

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 193.
(2) Caussin de Perceval, t. III, p. 303.

Qu'il ne lui fournissait pas l'huile destinée à sa chevelure, et que, par suite, les cheveux de la femme étaient tombés au point de produire chez elle la calvitie. — Jugement du kadi de Sétif du 4 mai 1862, confirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 22 décembre suivant;

Qu'il la forçait à se livrer à des travaux qui, d'après les usages de la localité, n'incombent pas aux femmes, tels que chercher de l'eau, couper du bois, garder des animaux, — Jugement du kadi de Cherchell, du 30 juillet 1862, confirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 23 décembre suivant;

Qu'il ne lui fournissait point une habitation convenable et suffisamment meublée. — Jugement du kadi de Tlemcen du 14 novembre 1864;

Ou qu'ayant plusieurs femmes, il n'avait pas pour chacune d'elles un logement séparé. — Jugement du kadi de la 8e circonscription judiciaire d'Alger du 20 juin 1871; jugement du kadi de Lalla Maghnïa du 29 juin 1866;

Et ces causes entraînent le divorce, quand même le mari soutiendrait qu'il n'a refusé de satisfaire à l'entretien de sa femme que pour la forcer à lui payer une somme d'argent et obtenir sa rédimation par consentement mutuel. — Kadi de Cherchell, jugement du 21 décembre 1866; Cour d'Alger, arrêt du 27 mars 1867.

**202.** Nous venons d'indiquer des décisions judiciaires qui ont prononcé, ou plutôt autorisé le divorce, lorsque le mari ne subvenait pas à l'entretien de sa femme. Mais qu'entend-on par défaut d'entretien?

La loi dit bien que le mari doit fournir un entretien suivant l'usage ordinaire, suivant sa position et la condition de la femme, eu égard au pays où l'on se trouve et au prix des denrées (1); mais suffira-t-il que l'entretien ne remplisse pas exactement ces conditions pour que la femme ait le droit de demander et d'obtenir le divorce? Assurément non, et sidi Khalil s'en explique très-nettement: « La femme, dit-il (2), ne peut demander la séparation « lorsqu'elle a su que le mari était indigent et mendiant. Elle « reprend ce droit si le mari abandonne son état de mendiant ou

(1) Ci-dessus, n° 132.
(2) Perron, t. 11, p. 497.

« s'il vient à être privé des aumônes qu'il recevait, au su et au « vu de tout le monde. »

Il en est de même (la séparation est prononcée) si le mari ne peut donner à sa femme les aliments nécessaires à l'existence, mais non s'il peut fournir la nourriture quotidienne et de quoi cacher sa nudité, la femme fût-elle riche.

**304.** Mais quel est le défaut d'entretien qui entraîne le divorce? Celui qui se rapporte au temps passé, ou seulement celui qui est relatif au temps présent?

Le texte de sidi Khalil est encore on ne peut plus précis : « La « femme, dit-il (1), peut demander l'annulation du mariage « lorsque le mari ne saurait fournir aux dépenses présentes, mais « non pour celles passées. »

Et le Medjlès d'Aumale a, dans un avis du 30 novembre 1863, appliqué ce principe dans une instance en divorce formée par la femme Fathma bent bel Kheir contre son mari, et appuyée sur ce que celui-ci n'avait pas pourvu à son entretien à une époque antérieure à sa demande.

« L'entretien passé, a dit le medjlès, devient une simple créance et ne peut servir de base à une action en divorce. »

Quant à la créance, la jurisprudence n'a jamais hésité à la constater et à condamner le mari à la payer à la femme. — Notamment, jugement du kadi de Saint-Cloud, confirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 30 novembre 1864.

**305.** Et si le mari s'éloigne du domicile conjugal, s'il est déclaré absent?

Il y a lieu de rechercher s'il a laissé des ressources à sa femme ou s'il lui en fait parvenir, et lorsqu'il sera constaté que la femme est restée trente jours sans que son mari ait pourvu à ses besoins, le divorce pourra être prononcé.

C'est là ce qu'enseignent Ali Yasid el Kaïrouani et Abou'l Hassan, et ce qu'ont consacré les kadis de Blida et de Tlemcen, par jugements des 19 mai 1868 et 3 juillet 1858, ce dernier ainsi conçu :

« Après qu'il a été constaté que la demande d'Amina était jus« tifiée, un délai de trente jours fut accordé afin de s'assurer si « le mari ne subvenait pas à l'entretien de sa femme :

(1) Perron, t. II, p 480.

« Considérant que ce délai expira sans que le mari fût de
« retour ;

« Que la femme, dans la situation où elle se trouvait, ne pou-
« vait patienter plus longtemps ;

« Qu'il a été suffisamment établi que pendant son absence le
« mari n'a pas pourvu à la nourriture de sa femme ;

« Le kadi donne à Amina le choix de maintenir son mariage
« ou de divorcer. Et attendu qu'elle déclare choisir le divorce,
« ledit kadi déclare le divorce valable, et la femme libre de se
« remarier après l'eudda. »

Si donc le mari pourvoit, par lui ou par les siens, à l'entretien de sa femme, celle-ci ne peut pas obtenir le divorce en se fondant sur la seule absence du mari (1). Mais l'entretien doit lui être fourni dans les mêmes conditions que si son mari était présent ; en conséquence, il a été décidé que la femme ne recevait pas l'entretien qui lui était dû, et qu'elle était, par suite, en droit de demander le divorce, lorsque son beau-père lui offrait de partager son gourbi et sa nourriture (kadi d'Aumale, jugement du 13 septembre 1872), et se refusait à lui servir une pension alimentaire. — Cour d'Alger, arrêt du 6 janvier 1873.

**306**. En ce qui touche l'obligation pour le mari d'accomplir ses devoirs conjugaux, nous savons que le mari est tenu de partager également ses affections entre chacune de ses femmes, à moins qu'elles ne consentent à une inégalité (2), et que l'impuissance est une cause d'option (3), et dès lors nous pouvons dire : Il y a lieu à divorce lorsque le mari traite ses femmes inégalement et lorsque son impuissance est reconnue.

L'inégalité dans les faveurs du mari est signalée dans tous les auteurs comme une violation de la loi et un préjudice causé à la femme. « Celui, dit Bahram, qui cesse de cohabiter avec sa
« femme pour avoir des relations avec une autre, cause à la
« première un préjudice qui entraîne le divorce. — Si la femme est
« lésée dans ses droits, porte le Moudaouana, elle obtiendra le
« divorce sans délai parce que l'ordre public veut que les choses
« soient faites avec justice. »

(1) V. ci-dessous, n° 311.
(2) Ci-dessus n°s 190 et suiv.
(3) N° 157.

Et le kadi de Miliana a fait une application de ces règles dans son jugement du 24 septembre 1864 ainsi conçu :

« Le premier a exposé que ladite épouse se trouve maltraitée « par son mari, celui-ci ayant cessé toutes relations intimes avec « elle depuis son mariage avec une seconde femme; qu'elle ne « peut plus souffrir cet état de choses, car il ne lui accorde même « pas un jour de temps à autre, et qu'ainsi il ne lui reste plus « qu'à recourir à l'autorité afin d'y mettre un terme. »

« Le second a répondu que son mandant n'a cessé de cohabiter « avec sa première femme que de son consentement.

« Et après l'indication de preuves fournies de part et d'autre, « le kadi a pris les adouls à témoin contre lui qu'il prononçait le « divorce entre les époux susnommés de la manière la plus « formelle, conformément à la doctrine de sidi Khalil et de toute « sa suite. »

Quant à l'impuissance du mari, elle autorise la femme à demander le divorce par autorité de justice, que l'impuissance soit antérieure au mariage ou qu'elle soit survenue postérieurement (1); la loi exige seulement que la femme en justifie, et nous verrons ci-après (2) les modes de preuve et les précautions autorisées pour arriver à cette justification.

Il n'y a donc que deux circonstances dans lesquelles le divorce puisse être judiciairement demandé pour inaccomplissement des devoirs conjugaux, savoir : l'injustice du mari dans ses rapports avec ses femmes et son impuissance. Mais on a soutenu que le fait par le mari de n'avoir pas de relations intimes avec sa femme constituait, à l'égard de cette dernière, un préjudice, un mauvais traitement, et qu'il suffisait, à lui seul, pour obtenir le divorce.

La question portée devant les tribunaux musulmans a été diversement résolue suivant les circonstances. Le kadi de Médéa a repoussé, par jugement du 15 décembre 1866, une demande en divorce que la femme fondait uniquement sur les abstentions de son mari ; le kadi de Sétif a pensé que lorsqu'un mari faisait une absence forcée de plusieurs années, il obligeait la femme à une continence qu'elle n'avait point pu prévoir et qu'il violait par suite

(1) Jugement du kadi de Miliana du 5 juin 1867; arrêt de la Cour d'Alger du 6 janvier 1868.
(2) N° 319.

la recommandation faite par le Koran : « Ne faites pas de mal à ceux qui ne vous en font pas, » et, en conséquence, il a prononcé, le 17 avril 1865, le divorce contre un mari qui était en prison depuis deux ans en exécution de condamnations judiciaires. Le kadi de Miliana est allé plus loin. Par décision du mois d'août 1864, il a divorcé Mohammed ben el Hadj Hamman et sa femme Touma, en s'appuyant sur la déclaration de témoins portant qu'il était à leur connaissance que le mari négligeait sa femme Touma et ne remplissait pas vis-à-vis d'elle ses devoirs conjugaux. Le kadi Malékite d'Alger, par un jugement du 16 mai 1867 et par un second du 9 avril 1869, a aussi prononcé le divorce contre un mari qui se refusait obstinément à cohabiter avec sa femme

Le medjlès d'Alger a adopté, dans son avis du 8 octobre 1864, la jurisprudence du kadi de Médéa, et, en 1867, dans des circonstances différentes, l'opinion consacrée par le kadi Malékite d'Alger dans son jugement du 16 mai.

Quant à la justice française, elle s'est aussi déterminée par des considérations de fait. Dans un premier arrêt, celui du 19 juillet 1865, elle a infirmé le jugement rendu le 19 avril précédent par le kadi de Sétif, et a conséquemment admis que l'abstention du mari, quand elle était forcée, ne donnait pas ouverture à divorce. Dans un autre arrêt, portant la date du 6 juillet 1869, elle a confirmé le jugement du kadi Malékite d'Alger et l'avis du medjlès, et reconnu que l'abstention volontaire du mari ou son refus constituaient une injure suffisante pour que le divorce pût être prononcé.

**307**. Le mari est tenu, aux termes du Koran (1), de traiter sa femme honnêtement, c'est-à-dire de se conduire vis-à-vis d'elle, suivant le commentaire donné par le Prophète lui-même au djebel Arafat (2), avec bonté et affection. Et il a été jugé que le mari manque à ce devoir et que le divorce est encouru :

Lorsque le mari adresse à sa femme des injures graves, attentatoires à sa dignité d'épouse, en lui disant, par exemple : « Va au lupanar. » — Cour d'Alger, arrêt du 22 juillet 1867 ;

Lorsqu'il accuse sa femme d'avoir perdu sa virginité avant son mariage. — Arrêts des 24 décembre 1866 et 13 février 1871 ;

(1) Sourate II, v. 229.
(2) Caussin de Perceval, t. III, p. 303.

Lorsqu'il accuse sa femme d'infidélité, qu'il refuse de reconnaître l'enfant dont elle est accouchée et de lui donner son nom. — Cour d'Alger, arrêt du 17 février 1868 ;

Lorsqu'il insulte les parents ou même les amis de la femme : « De simples injures ou insultes portées contre la femme ou contre ses parents, même contre un ami, donnent droit au divorce, » dit le kadi de la 14e circonscription judiciaire d'Oran dans son jugement du 4 octobre 1866, confirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 6 mars 1867 ;

Lorsqu'il s'affiche avec une femme de mauvaise vie. — Kadi de Ténès, 4 juillet 1866 ;

Lorsqu'il ne fréquente que des filles publiques depuis son mariage et ne visite sa femme que rarement. — Kadi de Mostaganem, 13 décembre 1867 ;

Lorsqu'il veut forcer sa femme à rentrer au domicile conjugal, montée sur un âne dans les localités où les femmes honnêtes ne montent que des chevaux. — Kadi de Mostaganem, 5 septembre 1866 ; Cour d'Alger, arrêt du 24 décembre 1866 ;

Lorsqu'il a amené une concubine au village et qu'il vit avec elle dans une habitation séparée du domicile conjugal. — Kadi de Dellys, 6 novembre 1866 ; Cour d'Alger, arrêt du 1er mai 1867 ;

Lorsqu'il a introduit une étrangère, une concubine, dans le domicile conjugal. — Kadi de la 38e circonscription judiciaire, 28 septembre 1868 ; Cour d'Alger, arrêt du 30 novembre 1868 ;

Lorsque, par sa mauvaise vie, il a causé préjudice à sa femme. — Kadi de Mostaganem, 18 septembre 1866 ;

Lorsqu'il a quitté le domicile conjugal et abandonné sa femme. — Cour d'Alger, arrêts des 21 novembre et 22 décembre 1862, 24 décembre 1866 et 31 janvier 1870 ;

Lorsque la vie commune est devenue insupportable. — Kadi de Bou Hadjar, 4 janvier 1862 ; de la 34e circonscription judiciaire, 3 août 1866 ; Cour d'Alger, arrêts des 18 novembre 1862 et 24 décembre 1866 ;

Que le mari menace sa femme de mort. — Kadi de Constantine, 11 septembre 1866 ; Cour d'Alger, 24 décembre 1866 ;

Qu'il la maltraite. — Kadi d'Alger, 8 décembre 1863 ; Cour d'Alger, 13 mai 1864 ;

Qu'il lui déchire ses vêtements et la laisse toute nue. — Cour d'Alger, arrêt du 4 mai 1864;

Que les mauvais traitements qu'il emploie sont de nature à faire craindre un malheur. — Kadi de Philippeville, 25 janvier 1864;

Ou qu'ils ont été renouvelés à plusieurs reprises. — Kadi de Tlemcen, 30 juillet 1863;

Lorsque le mari porte des coups à sa femme. — Kadi de Miliana, 5 mai 1864; de Tlemcen, 6 juin 1864; de Bel-Abbès, 31 décembre 1864; Cour d'Alger, arrêt du 14 décembre 1864;

Que ces coups ont laissé des marques. — Kadi d'Aumale, 15 décembre 1863; de Tenès, 1er avril 1864; Cour d'Alger, arrêts des 31 octobre 1862, 31 mai et 28 juin 1864;

Qu'ils ont produit une blessure à l'oreille. — Arrêt du 1er mai 1867;

Ou la fraction du tibia. — Kadi de Miliana, 8 juin 1864;

Qu'ils ont causé une brûlure. — Kadi de Bel Abbès, 9 décembre 1864;

Ou qu'ils ont amené une effusion de sang. — Kadi de Tenès, 31 décembre 1866;

**208.** Mais il faut que les coups soient prouvés, qu'ils soient établis d'une manière certaine; et la jurisprudence, d'accord avec la doctrine, a refusé de reconnaître ce caractère dans l'allégation de la femme, même avec offre de serment. — Kadi de Médéa, 16 janvier 1863;

Dans la déclaration d'un seul témoin portant qu'il a assisté à une querelle entre époux et qu'il a vu le mari frapper sa femme, alors qu'il ne peut indiquer la cause de la querelle et que les coups n'ont pas laissé de traces. — Kadi de Dellys, 21 mars 1866; avis du medjelès d'Alger du 15 mai 1866;

Dans le témoignage de deux individus qui ont demandé en mariage, pour un tiers, la femme qui a ouvert l'instance en divorce. — Kadi d'Aumale, 15 août 1868 (1);

Elle a, au contraire, considéré les coups comme suffisamment prouvés :

1° Lorsqu'ils étaient attestés par des témoins irréprochables. — Cour d'Alger, arrêt du 9 décembre 1868;

(1) V. ci-dessus, n° 207, le caractère que doivent avoir les coups.

2° Lorsqu'ils étaient avoués par le mari. — Cour d'Alger, arrêts des 29 octobre 1862 et 21 décembre 1864 ;

3° Lorsqu'ils avaient été constatés par des femmes experts. — Kadi de Constantine, 18 août 1864 ;

4° Lorsqu'ils avaient laissé des traces et contusions.

Voici, sur ce dernier point, un arrêt rendu par les medjelès de Mostaganem en 1857 :

Entre Djilali ben Salah, spahis... d'une part, Karoufa bent Caïd ben Daoudj... d'autre part,

Une contestation a eu lieu relativement à des coups et à des mauvais traitements dont la femme Karoufa se plaint de la part de son mari.

« Précédemment les époux avaient comparu devant le kadi, « ben Abd el Krim. Ce magistrat a fait des recherches, il a pris « des renseignements sur cette demande, et il est résulté « pour lui la preuve que la femme a été frappée et que, par suite « de ces coups, elle a du s'aliter ; aussi a-t-il prononcé le di- « vorce. La cause a ensuite été plaidée devant le medjelès qui a, « lui aussi, reconnu que le mari avait porté des coups à sa femme « et que ces coups ont laissé des traces de contusions visibles. Et « en conséquence le medjelès a prononcé le divorce. »

**209**. Les sévices exercés ou les coups portés, lorsqu'ils sont suffisamment établis, donnent lieu au divorce, alors même que le mari prétendrait :

Que sa femme a blasphémé la religion musulmane. — Cour d'Alger, 9 avril 1862 ;

Qu'elle a proféré des injures contre lui. — Kadi de Cherchell, 8 juin 1864 ;

Qu'elle a refusé de réintégrer le domicile conjugal. — Kadi de Tenès, 23 juillet 1864 ; Cour d'Alger, 7 décembre 1864 ;

Qu'elle s'est soustraite à l'accomplissement de ses devoirs d'épouse. — Kadi de Djidjelli, 1er septembre 1866 ; Cour d'Alger, 10 avril 1867 ;

Qu'il n'a frappé sa femme que pour la contraindre à lui payer une compensation. — Kadi de la 36e circonscription judiciaire d'Alger, 3 décembre 1864 ; Cour d'Alger, 8 mars 1865 ;

Ou même que sa femme s'est rendue coupable d'adultère. —

Cour d'Alger, 21 décembre 1863, 28 juin 1865; kadi de la 33e circonscription judiciaire d'Oran, 21 mars 1865.

Voici en effet ce que contient le jugement du kadi du 21 mars 1865, confirmé par arrêt de la Cour d'Alger en date du 28 juin suivant.

Le mari avait frappé sa femme et lui avait fait deux blessures sans grande gravité, l'une au nez et l'autre à la lèvre supérieure, mais il expliquait « qu'il s'était absenté de son habitation dès le « matin; qu'à son retour il avait trouvé sa femme avec un « étranger; que cet étranger venait souvent chez lui malgré la « défense qu'il lui en avait faite et les remontrances qu'il avait « adressées à sa femme; que, saisi de colère à la vue de cet « homme, il l'avait chassé et avait ensuite frappé sa femme à « cause de sa désobéissance et de sa mauvaise conduite. » Le kadi constata les blessures et, reconnaissant que le mari avait, même en présence de l'adultère de sa femme, outre-passé les limites de la correction maritale, il prononça le divorce.

**310.** Le divorce par autorité de justice peut aussi être prononcé lorsque le mari ne tient pas les engagements qu'il avait contractés en se mariant. C'est là une règle admise par tous les jurisconsultes et consacrée par une jurisprudence constante. « Toute violation des stipulations arrêtées entre les parties lors du mariage, dit le kadi des Issers dans un jugement du 17 juin 1863, donne ouverture au divorce. »

Rappelons toutefois qu'il ne s'agit ici que des stipulations relatives à la dot et aux conditions *chourout*, à celles qui peuvent être valablement introduites dans le contrat de mariage et que nous avons indiquées sous le n° 115.

Le divorce a, en conséquence, été prononcé : 1° lorsque le mari n'avait point livré la dot à l'époque convenue. — Jugement du kadi de Tenès du 18 novembre 1863. Ce jugement est ainsi conçu :

« Avons donné un délai de vingt jours à l'époux pour payer la « dot, et sous la condition que ledit époux répudierait sa femme « s'il ne pouvait pas acquitter la dot dans le délai que nous lui « avons imparti.

« Et aujourd'hui.... le délai ci-dessus étant expiré et l'époux « n'ayant point livré la dot, les parties comparaissent de nou- « veau devant nous, et nous jugeons que le divorce est encouru « et nous le prononçons. »

Plusieurs autres décisions judiciaires ont statué dans le même sens ; nous citerons un jugement du kadi de Tlemcen du 11 décembre 1865, deux arrêts de la Cour d'Alger en date des 3 février 1864 et 28 juin 1865, et un jugement du kadi de la 12e circonscription de la province d'Oran du mois de mai 1867, portant :

« El Hadj Habib ben Laouni, mandataire de sa fille Yamina, a demandé à el Habib ben Bourid les bijoux et effets qu'il devait fournir lors de la célébration du mariage. El Habib ben Bouzid a déclaré qu'il n'était pas en mesure de faire face à ses engagements, et le kadi, après s'être fait représenter l'acte de mariage et avoir constaté les aveux du défendeur, a donné le choix au demandeur de maintenir le mariage ou de le dissoudre par le divorce. El Hadj Habib ben Laouni a, devant témoins, déclaré qu'il choisissait le divorce. Et le kadi a pris ses assesseurs à témoin qu'il le prononçait conformément à la loi. »

2° Lorsque le mari s'étant formellement engagé, par acte passé devant le kadi, à ne plus jurer et à ne plus s'enivrer, il a été constaté qu'il continuait à s'addonner au jeu et à la boisson. — Cour d'Alger, 30 décembre 1861, 30 juin 1863 ;

3° Lorsque le mari ayant accepté la condition d'habiter chez son beau-père ou dans un lieu déterminé transporte ailleurs son domicile. — Jurisprudence constante, notamment kadi de Miliana, 14 mai 1862; Cour d'Alger, arrêts des 7 octobre 1861, 24 octobre 1862, 7 septembre 1863, 12 juin 1867.

Nous devons toutefois signaler un arrêt plus récent, celui du 10 mai 1869, aux termes duquel le mari, dans les conditions qu'il détermine, peut être relevé de son engagement sans encourir le divorce (1) ;

4° Lorsque, au mépris du contrat, le mari veut forcer sa femme à quitter la ville et à aller habiter la campagne. — Kadi de Mostaganem, 4 août 1867.

Il faut que les conditions aient été spécifiées dans le contrat de mariage, sinon la femme ne serait pas recevable à demander que le domicile conjugal fût maintenu dans une localité ou transporté dans une autre. C'est là, en effet, ce qu'a consacré la Cour d'Alger par son arrêt du 30 octobre 1871, ainsi conçu :

(1) V. cet arrêt au n° 218.

« Attendu que les parties sont unies par le mariage depuis plus « de quinze ans; qu'elles ont constamment habité Birmandreïs; « que le mari continue à avoir son domicile dans cette commune; « que rien dans la cause n'autorise à permettre à la femme de « demeurer loin du domicile conjugal. »

« Déboute la femme de son action en divorce, ordonne qu'elle « réintégrera le domicile conjugal situé à Birmandreis. »

5° Lorsque le mari reprend son ancienne femme divorcée alors qu'il s'en était interdit la faculté. — Kadi de le 26e circonscription judiciaire de Constantine, 9 octobre 1861; Cour d'Alger, 17 octobre 1862;

6° Lorsqu'il prend une seconde femme du vivant de la première et qu'il s'était engagé, par contrat de mariage, à n'avoir qu'une seule épouse. — Kadi d'Orléansville, 20 décembre 1860;

7° Lorsque le mari a pris, par le contrat de mariage, l'engagement suivant : « Si je bats ma femme, si je la maltraite, elle sera « libre de faire ce qu'elle voudra, » et que la condition prévue s'est réalisée. — Kadi d'Oran, 26 juillet 1865;

8° Lorsque, malgré son serment, le mari conduit sa femme travailler aux champs pendant l'été. — Kadi de Cherchell, 27 novembre 1861; Cour d'Alger, 9 avril 1862;

9° Lorsque le mari s'étant engagé, sous peine de divorce, à consommer le mariage chez un tiers ou dans un lieu déterminé, l'a consommé ailleurs. — Kadi des Issers, 17 juin 1863; Cour d'Alger, 27 novembre 1863.

**311.** Et si le mari est emprisonné pour crime ou pour délit?

L'emprisonnement est considéré comme une absence forcée et ne donne lieu au divorce que dans les cas prévus au n° 306 : « Attendu, porte l'arrêt de la Cour d'Alger du 19 juillet 1865, « qu'en droit musulman, la femme d'un individu détenu dans « une prison n'a pas le droit d'obtenir le divorce par le fait de « cet emprisonnement lorsqu'elle reçoit pendant l'absence forcée « de son mari tout ce à quoi elle peut prétendre pour son entre- « tien ; Infirme. »

« Que c'est à tort, dit un second arrêt, celui du 11 mars 1873, « que le kadi a appliqué à la demande les principes de la loi « musulmane relative au mari disparu; qu'Ahmed ben Kara n'est « point disparu; qu'on sait où il est; qu'il peut donner de ses

« nouvelles; qu'il n'est point contesté que jusqu'à présent sa « femme a trouvé auprès du frère de son mari tout ce qui était « nécessaire à son entretien;

« Attendu, en outre, qu'une partie seulement de sa condam- « nation reste à subir; que même, dans le cas de disparition, la « loi musulmane veut que s'il est pourvu exactement à l'entre- « tien de la femme, un délai de plusieurs années soit accordé « avant de prononcer le divorce; infirme. »

Les jurisconsultes musulmans ne sont cependant pas aussi absolus, ils admettent avec Ali Yazid el Kaïzouani et Ali Aboul Hassan que, lorsque l'absence ou la détention s'est prolongée pendant cinq années, la femme a le droit de demander la dissolution de son mariage, afin de pouvoir, après les délais de l'eudda, contracter une nouvelle union.

**312.** Le divorce peut être encore prononcé lorsque le mari s'est rendu parjure ou qu'il a proféré un des trois serments : Ila, Dihar ou La'an.

Nous renvoyons, pour les explications que nous aurons à donner, savoir : relativement au parjure, au n° 355, et pour les trois serments, au chapitre XIV (n°s 369 et suivants).

**313.** Le divorce étant un mode de dissolution du mariage peut enfin être employé dans les cas où la femme se rend coupable d'adultère ou d'apostasie. Le mari a alors tout intérêt à demander le divorce, plutôt que de recourir à la répudiation, parce qu'alors il est, à la fois, affranchi du payement de ce qu'il peut encore devoir pour la dot, et autorisé à poursuivre contre sa femme le recouvrement de la dot qu'il a déjà livrée (1).

**314.** Nous voilà fixés sur les causes qui peuvent autoriser le divorce par autorité de justice. Voyons maintenant qui peut valablement demander le divorce, contre qui la demande doit être formée et devant qui elle doit être introduite.

**315.** Les personnes qui ont le pouvoir de consentir au divorce par consentement mutuel, peuvent aussi intenter valablement une demande en divorce par autorité de justice (2).

En conséquence, la femme rachida ou safiha a le droit de se

(1) Ci-dessous, n° 322.
(2) N° 280.

présenter elle-même devant le kadi, de lui formuler ses griefs et de les soutenir même en présence de son mari. Ce droit personnel de la femme, reconnu par tous les jurisconsultes, a été consacré par une jurisprudence constante, notamment : par un jugement du kadi de Cherchell du 27 novembre 1861, portant : « La ser- « vante de Dieu, la dame Tekfa, fille de Djelloul ben Aouda, « s'est présentée en personne devant le kadi; elle s'est plainte « que son mari, etc. ; »

Par un jugement du kadi de Tenès du 31 octobre, constatant que la femme a demandé elle-même le divorce en ces termes : « Mon mari m'a battue parce qu'il m'a demandé mes korkhals « (anneaux de pieds) pour les vendre et en dépenser le prix et « que je les lui ai refusés ; »

Par un jugement du kadi d'Oran en date du 4 octobre 1866, contenant l'énonciation suivante : « La femme a déclaré, en présence du kadi et à haute voix : Je demande le divorce ; »

Par tous les arrêts rendus par la Cour d'Alger, en matière de divorce et, dans leur nombre, par celui du 21 novembre 1862 : « Attendu que la femme Heusnï bent el Hadj Brahim prétendant avoir de grands reproches à adresser à son mari, l'a fait appeler devant le kadi de Tlemcen ; » Par celui du 18 janvier 1865 : « Attendu que la femme Touma a exposé devant le kadi que son mari lui faisait subir de mauvais traitements; » Par celui du 19 juillet 1865 : « Considérant que el Arem a actionné son mari, Ali ben Ahmed, devant le kadi de la 14ᵉ circonscription judiciaire de la province de Constantine, aux fins d'entendre prononcer le divorce. »

Mais la femme n'est pas tenue d'exercer son droit en personne ; elle peut, si elle le juge convenable, constituer un mandataire et choisir pour la représenter un oukil.

Ainsi, pour citer quelques exemples seulement : Mohammed ben Abd el Kader a demandé le divorce de sa sœur devant le kadi de Blida, en vertu d'une procuration à lui donnée. — Jugement du 6 juillet 1863.

Ali ben Ahmed ben Mourad agissant au nom de Touma bent el Hadj el Djaroudi, a exposé que sa mandante était maltraitée par son époux, et qu'il demandait en son nom que le divorce fût prononcé. — Jugement du kadi de Miliana du 24 septembre 1864.

Mohammed el Kelaoui, au nom de Yamina bent Haman, a demandé, au nom de sa mandante, que le divorce fût prononcé entre elle et son mari Omar bel Kassem. — Jugement du kadi de Dellys, octobre 1870.

Quant à la femme sr'ira, la jeune, celle qui n'a pas l'intelligence suffisamment développée pour se conduire et pour faire respecter ses droits, elle est valablement représentée par son père ou son ouaci.

« Le ouaci, dit le jugement du kadi des Issers du 17 juin 1863, a qualité pour demander le divorce de la femme qu'il a mariée. »

« Le divorce, porte l'arrêt du 27 novembre 1863, peut être prononcé sur la demande formée par le père de la femme mineure. »

**316**. La demande en divorce est presque toujours dirigée contre le mari; elle est introduite contre l'autre époux en personne s'il est en possession de ses droits, ou contre son tuteur s'il est en état de minorité ou d'incapacité légale.

**317**. La demande est portée devant le kadi, juge du premier degré, et l'appel en Algérie, aux termes du décret du 23 décembre 1866, devant les tribunaux d'Oran ou de Constantine, pour les jugemnts rendus par les kadis de chacun de ces départements, et devant la Cour d'Alger pour les jugements émanés des kadis du département d'Alger.

La demande peut aussi être déférée à des arbitres, bien que cette juridiction soit à peu près tombée en désuétude ainsi que nous l'avons indiqué au n° 209. Nous croyons devoir rappeler ici que les arbitres sont d'institution koranique (1), qu'ils constituent un véritable tribunal jugeant provisoirement, prononçant, suivant les cas, le divorce avec compensation, ou la séparation aux torts réciproques des époux; qu'ils doivent être choisis parmi les hommes d'une probité éprouvée et d'une intelligence reconnue, les safih, les femmes, les insensés, les fourbes étant incapables d'exercer cette juridiction de famille; qu'ils peuvent être nommés par le kadi ou par les époux eux-mêmes et que leur décision est rendue exécutoire par une simple ordonnance du juge.

(1) Ci-dessus, n° 209, et ci-dessous, n° 320.

**218.** L'instance est donc ouverte devant le kadi. Elle y est instruite comme toutes les autres affaires judiciaires avec quelques différences cependant, relatives aux modes de preuves et au prononcé du jugement.

Ainsi, en ce qui concerne la preuve, la demande en divorce est-elle fondée sur l'impuissance du mari? Le kadi n'admettra pas comme suffisamment probante la déclaration de témoins ou la notoriété publique (avis du medjlès d'Alger du 8 octobre 1864); il nommera une femme expert pour s'assurer que le mariage a été consommé (kadi de Telar'ma, 14 octobre 1861), ou bien il déférera le serment au mari, et si le mari atteste par serment qu'il remplit ses devoirs conjugaux, il déboutera immédiatement la femme de sa demande. C'est la règle que posent le Moudaouana, ainsi qu'Abd el Baqui, et qu'applique la jurisprudence — kadi des Rebaia, 16 février 1862; kadi de Batna 9 septembre 1863; kadi de Miliana, 15 décembre 1866; Cour d'Alger, arrêts des 18 novembre 1862 et 1er mai 1863 et 29 juillet 1864. Si au contraire le mari reconnaît l'impuissance qui lui est reprochée, il lui sera accordé un délai d'un an (les quatre saisons) pour se guérir — texte de sidi Khalil; kadi de la 10e circonscription judiciaire d'Oran, 20 juin 1865; kadi d'Amoura 20 janvier 1867; Cour d'Alger, arrêts des 26 octobre 1865, 26 juin 1867 et 9 mai 1870. Et ce ne sera qu'après l'expiration de cette année que le divorce pourra être prononcé si la guérison n'est pas accomplie, et sur une nouvelle demande de la femme. — Cour d'Alger arrêts des 18 novembre 1862, 28 novembre 1863 et 18 janvier 1865. L'imam Malek autorise cependant la femme à faire prononcer son divorce avant l'expiration de l'année si le mari a été atteint dans l'intervalle de ce que, dans notre ancien droit, on appelait une impuissance radicale.

Ainsi encore, lorsque la femme se plaint de mauvais traitements et qu'elle n'a pas de preuves suffisantes, le kadi, au lieu de la débouter de sa plainte, mettra les deux époux en observation. — Cour d'Alger, arrêts des 17 novembre 1862, 5 octobre 1863, 5, 7 et 14 octobre 1864; kadi d'Oran, 3 mars 1865. Et le fait par le mari de se refuser à cette mise en observation — kadi de la 70e circonscription judiciaire d'Alger, 6 juillet 1863; ou de s'y soustraire par la fuite ou l'abandon du domicile désigné —

kadi de Tenès, 17 décembre 1861; Cour d'Alger, 30 avril et 29 novembre 1862, est considéré comme un aveu et équivaut à la preuve des faits allégués.

**319.** Mais la mise en surveillance, simple mesure préparatoire et d'instruction, peut être remplacée par une caution ou un répondant, ainsi que l'a fait le kadi de Blida, par jugement du 20 juin 1871 rendu dans les circonstances suivantes. La femme Fathma se plaignait que son mari la maltraitait; celui-ci niait les faits qui lui étaient reprochés et offrit de fournir une caution relativement aux sévices que sa femme articulait et qu'elle redoutait pour l'avenir. Il présenta le nommé ben Missoum, qui s'engagea envers Fathma à veiller à ce que son mari ne se portât sur elle à aucune violence, et le kadi, trouvant la caution suffisante, débouta Fathma de sa demande en divorce et ordonna qu'elle réintégrerait le domicile conjugal.

**320.** Toutefois, s'il peut être suppléé à la mise en surveillance par toute autre mesure de précaution et essentiellement provisoire, la jurisprudence n'admet pas qu'un kadi puisse se dessaisir de la connaissance du litige et procéder à la nomination d'arbitres en dehors des conditions exigées par la loi. C'est là, en effet, ce qu'a décidé le medjlès d'Alger le 17 avril 1862. La femme Yamina bent Hammou el Haddad avait demandé le divorce contre son mari Omar bel Kassem, et elle articulait, à l'appui de sa demande, qu'elle recevait des coups et des mauvais traitements. Le mari niait les faits allégués, et le kadi, se fondant sur ce que l'habitation occupée par les époux était isolée, qu'aucun voisin ne pouvait savoir ce qui se passait et donner des renseignements utiles, désigna ses deux assesseurs pour arbitres. Ils se rendirent chez les époux, cherchèrent à les concilier, les interrogèrent longuement et se convainquirent que la demande de la femme était fondée. Ils décidèrent qu'il y avait lieu de prononcer le divorce, et le kadi rendit leur sentence exécutoire. Le mari interjeta appel, et le medjlès d'Alger, saisi de la question, motiva ainsi son avis :

« Ils (les oulemas) furent d'avis que le divorce prononcé par « le kadi et le jugement qu'il avait rendu n'avaient pas leur rai- « son d'être, vu le manque de faits probants le motivant et l'ab- « sence des conditions légalement requises pour procéder à la « nomination d'arbitres entre époux.

« Cette nomination d'arbitres ne doit avoir lieu qu'après que le « kadi a ordonné de faire habiter les époux parmi des gens probes « et honnêtes où se produirait la preuve des sévices de la part du « mari, afin que les faits fussent clairement constatés; que si la « constatation manifeste ne peut se faire et la lumière se pro- « duire, si l'incertitude persiste pour le kadi, alors seulement le « kadi nomme et envoie deux arbitres pour faire droit.

« Ces formalités n'ayant pas été accomplies, il est par suite re- « connu que le divorce prononcé est nul. »

**391.** L'instance en divorce diffère aussi quelquefois des instances ordinaires par le prononcé du jugement. En effet, lorsque la demande est fondée sur le défaut de nourriture, d'entretien ou d'habitation, sur l'impuissance du mari ou sur les mauvais traitements qu'il fait subir à sa femme, le kadi ne prononce pas directement le divorce, il se borne à accorder à la femme le choix entre le maintien ou la dissolution de son mariage, et ce n'est que lorsqu'elle a manifesté sa volonté, lorsqu'elle a formellement demandé le divorce, que le kadi donne acte de cette demande et la sanctionne par une décision judiciaire.

Telle est la rigueur des principes et la plupart des kadis s'y conforment en mentionnant dans leurs jugements l'accomplissement de ces formalités successives : « Nous avons donné le choix à la femme. Celle-ci a déclaré à haute voix qu'elle choisissait ou préférait, ou demandait le divorce et nous l'avons prononcé. » Mais quelques-uns considèrent que par sa demande, par les justifications qu'elle produit, par sa présence dans le prétoire et son assistance à toute la procédure, la femme montre suffisamment sa volonté et ils prononcent le divorce sans attendre qu'elle ait fait son option, ou du moins, les jugements tels qu'ils les rédigent ne le mentionnent pas.

**392.** Voyons maintenant quels sont les effets du divorce par autorité de justice.

Le divorce par autorité de justice dissout l'union conjugale, il oblige la femme à se mettre en eudda, il ouvre l'exercice du droit de Hadana et rend immédiatement exigible ce qui reste dû sur la dot lorsqu'il est prononcé par la demande de la femme.

Dans le cas au contraire où le divorce a lieu sur la poursuite du mari, dans le cas d'adultère avoué, par exemple, la femme

perd la partie de la dot et est même tenue de restituer la partie qu'elle a touchée. Le kadi de Bône l'a consacré dans son jugement du 17 septembre 1862 portant :

« Ahmed el Youcef ben Chebi s'est présenté devant le kadi et ses adouls avec sa femme Zohra bent Belkassem déclarant avoir trouvé sa dite femme en flagrant délit d'adultère. Il dit que c'est une honte pour lui, qu'il est en butte à de mauvais propos de la part de ses voisins, il demande à ce que le kadi juge. La femme reconnaît sa faute, et le kadi prononce le divorce entre les époux et condamne Zohra Belkassem à restituer à son mari les 325 francs qu'elle a reçus à titre de dot parce qu'elle a de grands torts à se reprocher vis-à-vis de son mari. »

**323**. Le divorce, lorsqu'il est prononcé, est toujours baïn, non sujet à retour (1), sauf dans deux cas, savoir : lorsqu'il a lieu à la suite du serment ila ou pour défaut de nourriture, d'entretien ou d'habitation ; le mari peut alors, en faisant cesser l'ila ou en prouvant qu'il a les ressources suffisantes pour subvenir aux charges qui lui incombent, contraindre sa femme, pendant l'eudda, à reprendre la vie conjugale sans qu'il soit nécessaire de procéder à un nouveau mariage ni au payement d'une nouvelle dot. C'est la doctirine exposée en termes formels par sidi Khalil pour l'ila à la page 41 du texte, et pour le défaut d'entretien dans le passage suivant : « Le retour ne pourra avoir lieu que si le mari, pendant l'eudda, trouve de quoi pourvoir à l'entretien de sa femme, en raison de sa condition. »

Cette doctrine a été consacrée par plusieurs décisions judiciaires, notamment par un jugement rendu le 21 juin 1868 par le kadi de Tenès, confirmé le 20 octobre suivant par arrêt de la Cour d'Alger ainsi conçu : « Le kadi prononce le divorce redjaï par lequel le mari pourra reprendre sa femme pendant les trois périodes de l'eudda, s'il trouve pendant ce temps les ressources suffisantes pour la nourrir et l'entretenir. »

Et par un jugement du kadi de la 31e circonscription judiciaire d'Alger, en date du 16 juin 1868, rendu dans les circonstances suivantes :

Le 27 avril 1868, le kadi de cette circonscription avait pro-

(1) V. ci-dessous, nos 356 et suiv.

noncé le divorce entre la femme Fathma bent Zian et son mari el Hadj ben Ali faute par ce dernier d'avoir pourvu à la nourriture et à l'entretien de sa femme. Le 2 juin suivant, le mari se présenta devant le kadi, il lui exposa que depuis le divorce prononcé, il avait acquis une certaine aisance, il justifia qu'il possédait les ressources suffisantes pour subvenir aux besoins de sa femme et demanda à ce que cette dernière fût contrainte à reprendre la vie conjugale. Après examen, le kadi s'appuyant sur ce que la demande était faite dans les délais de l'eudda (dans les trois mois de la dissolution du mariage) et que le divorce prononcé était de ceux sur lesquels on peut revenir, condamna la femme à rentrer au domicile conjugal, et la femme se soumit à la décision rendue.

**324.** Le divorce prononcé par autorité de justice peut être attaqué par la voie de l'appel, et le mari a le droit d'opposer devant cette juridiction tous les moyens qu'il croit propres à faire infirmer la décision du premier juge. Tels sont : le défaut de qualité ou de mandant de celui qui a poursuivi le divorce, la récusation des témoins entendus, la constatation que les faits allégués et retenus en première instance sont erronés ou qu'ils ont été mal appréciés, la réconciliation des époux depuis que le jugement de divorce a été rendu, etc., etc. C'est la procédure ordinaire. Nous n'avons pas à insister.

---

## CHAPITRE XIII.

### DE LA RÉPUDIATION.

---

SOMMAIRE.

325. La répudiation sous les anciennes coutumes et dans la loi rabbinique.
326. Admise par Mahomet. — Dans quelles conditions.
327. Est appelée sonnite ou régulière.
328. Elle doit remplir quatre conditions.
329. Répudiation antisonnite ou irrégulière. — En quoi elle diffère de l'autre.
330. Pour toute répudiation il faut quatre conditions :

331. 1° Que le répudiant ait pouvoir. — Infidèle, enfant, somnambule, homme ivre, divergence des rites.
332. 2° Que le répudiant ait l'intention. — Menace, violence, serment forcé.
333. 3° Qu'il y ait possibilité. — Mariages futurs.
334. 4° Que le répudiant ait employé une formule répudiaire.
335. Les formules sont expresses ou équivalentes.
336. La valeur des formules dépend de l'intention.
337. A défaut d'intention, la doctrine et la jurisprudence ont déterminé la valeur de chaque formule. — Formule entraînant la répudiation par un.
338. Formules entraînant la répudiation par deux.
339. — — — par trois.
340. Divergence sur la valeur de quelques formules.
341. Formules sans valeur répudiaire.
342. Cas où le mari a plusieurs femmes.
343. Le mari peut déléguer un tiers pour prononcer la formule, l'envoyer par lettre missive ou autoriser sa femme à prononcer elle-même la répudiation.
344. La femme peut recevoir mandat ou avoir le choix.
345. Deux hypothèses.
346. La femme se prononce. — Paroles. — Signes.
347. Sa décision n'engage pas toujours le mari. — Mariage non consommé.
348. Effet du mandat ou du choix. — Intervention du kadi.
349. Quand et comment cesse le droit de la femme.
350. Le droit de décider à discrétion laissé à la femme.
351. Peut on répudier une main, un pied, ou par fractions? — Divergence des rites.
352. La répudiation est pure et simple ou conditionnelle.
353. Conditions non avenues rendant la répudiation pure et simple.
354. Conditions qui entraînent la nullité de la répudiation.
355. Le serment n'est point nécessaire. — Contrariété de décisions judiciaires.
356. La répudiation est baïn ou redjaï. — Différence. — Droit de retour.
357. Tous les maris peuvent exercer ce droit.
358. Mais à cinq conditions.
359. Explications sur chacune de ces cinq conditions.
360. Le retour peut être pur et simple ou conditionnel.
361. L'exercice de ce droit n'est assujetti à aucune formalité.
362. Effet du droit de retour.
363. Comment son exercice se prouve.
364. La répudiation se divise en parfaite et imparfaite.
365. La répudiation n'est entourée d'aucune formalité.
366. Effet de la répudiation.
367. Don répudiaire. — Pas de sanction.
368. Contestations, actes, témoignages, règles d'interprétation.

**325.** La répudiation existait en Arabie longtemps avant l'islamisme.

Dans les tribus soumises à la loi juive, la répudiation était un

droit accordé exclusivement au mari, droit presque absolu puisqu'il pouvait l'exercer suivant son caprice, sans que la femme ait commis la moindre faute ni donné lieu au plus léger reproche. Mais la tradition avait apporté au droit primitif des tempéraments nombreux; elle interdisait au mari de répudier sa première femme, celle qu'il avait épousée dans sa jeunesse; elle s'élevait même avec force contre l'institution : « L'autel, dit le Talmud, « verse des larmes chaque fois qu'une répudiation est pro« noncée, » et, ajoutant aux prescriptions religieuses les entraves de la législation civile, elle fit de la dot une créance de la femme sur le mari, frappa tous les biens de ce dernier d'une hypothèque légale, obligea le mari à payer le montant intégral de la dot avant de pouvoir se séparer de sa femme et entoura la répudiation de garanties véritables résultant de formalités nombreuses, d'une solennité exceptionnelle et d'un pouvoir étendu confié au rabbin présidant la cérémonie (1).

Dans les tribus arabes régies par des coutumes, la répudiation était illimitée, constituée toujours au profit du mari et quelquefois aussi à celui de la femme (2); elle résultait soit de paroles prononcées, soit du fait matériel. « Dans les époques de la gentilité arabe, dit Perron (3), beaucoup de femmes répudiaient leurs maris. » Le procédé de la répudiation était simple. La femme, lorsqu'elle habitait une grande tente faite d'étoffe de poils de chameau, ouvrait le gynécée en sens opposé à celui dans lequel il était auparavant. Ainsi, l'entrée était-elle tournée à l'est, la femme la tournait à l'ouest; ou bien l'entrée était-elle tournée du côté de l'Yemen, c'est-à-dire du côté du midi, la femme la tournait du côté de Syrie, c'est-à-dire du côté du nord; ce que voyant, le mari comprenait que sa femme l'avait répudié, et il n'entrait plus chez elle, il ne l'abordait plus; on lui avait tourné le dos, il était exclu, l'union était rompue, les deux époux étaient devenus étrangers l'un à l'autre.

**226.** Mahomet réagit contre un pareil état de choses. Il conserva la répudiation au profit exclusif du mari, mais il déclara que le mari qui divorcerait sans motif grave ne pourrait se jus-

(1) Sautayra et Charleville, *Code rabb.*, t. II, p. 229 et suiv.
(2) Caussin de Perceval, *Hist. des Arabes*, t. I, p. 257.
(3) *Femmes arabes*, p. 127; V. aussi Caussin de Perceval, t. II, p. 625.

tifier aux yeux de la religion et de la loi ; que s'il quittait sa femme par inconstance, il s'attirerait la colère divine. « Que Dieu « maudisse, dit-il, quiconque répudie sa femme par le seul « motif du plaisir (1). » Et dans un autre hadits rapporté par el Karchi, il reprit la pensée rabbinique en disant : « La chose « que Dieu a le plus en horreur, parmi celles qui sont licites, « c'est la répudiation. »

Il mit obstacle à la facilité de répudier en limitant le temps pendant lequel la répudiation était permise, en obligeant le mari à renouveler trois fois la formule répudiaire, en fixant des délais et en autorisant le mari à reprendre sa femme après la première ou la deuxième répudiation, sans avoir besoin de recourir à un nouveau mariage ni même à un consentement de la femme.

Enfin il arrêta les scandales d'une répudiation sanc cesse renouvelée, en édictant dans le Koran (2) : « Si un mari répudie sa « femme trois fois, il ne lui est permis de la reprendre que lors- « qu'elle aura épousé un autre mari et lorsque celui-ci l'aura « répudiée à son tour. »

**377.** La répudiation, telle qu'elle est permise par les hadits du Prophète ou la sounna, est appelée sonnite régulière.

**378.** Cette répudiation, pour être valable, doit, aux termes du texte de sidi Khalil, remplir les quatre conditions, savoir :

1° Être unique.

Le Prophète, nous venons de le voir, avait exigé que la répudiation fût prononcée successivement à trois reprises différentes ; chaque répudiation était donc unique ou par un.

2° Avoir lieu pendant la pureté de la femme, c'est-à-dire pendant la période où elle n'a point ses infirmités périodiques.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur les motifs qui ont porté le Prophète à imposer cette condition. Ils rapportent seulement que le fils de Omar s'étant séparé de sa femme en dehors de l'époque autorisée, le Prophète força le mari à reprendre sa femme (3), et, s'appuyant sur ce fait, les juristes déclarent que le mariage n'est point dissous par une répudiation prononcée en dehors de la condition indiquée ; que les époux continuent à être soumis

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 170.
(2) Sourate II, v. 230.
(3) Hedaya, t. I, p. 208.

à leurs devoirs réciproques, qu'ils succèdent l'un à l'autre, et que le mari peut être tenu par la menace, par l'emprisonnement, par le châtiment corporel et par tous autres moyens de contrainte, à recevoir sa femme et à la traiter comme son épouse légitime.

En principe donc, la répudiation est nulle lorsqu'elle est prononcée pendant que la femme voit apparaître les signes périodiques de son sexe; elle l'est même lorsque le mariage est sujet à option, qu'il peut être annulé sur la demande d'un tuteur ou d'un ouali, que la femme demande son divorce pour défaut d'aliments ou que le mari intente contre sa femme une accusation d'adultère (1); mais il peut se présenter des cas où la règle doit céder devant des considérations de morale, lorsque le mariage constitue ce que le Koran appelle une abomination, et ce que, pour nous rapprocher du droit français, nous avons désigné sous le nom générique de nullités absolues; ainsi, un homme marié avec deux sœurs, avec une cinquième femme, etc., sera tenu de répudier la femme qui lui est interdite à partir du moment où le vice de l'union conjugale sera connu, et ce, quand même la femme ne serait pas en état de pureté. « La loi, dit Perron (2), choisit le parti le moins « mauvais entre deux circonstances mauvaises, c'est-à-dire entre « le mal d'un mariage coupable et nul et le mal d'une répudia- « tion pendant les infirmités de la femme. »

Mais comment savoir si la femme est ou non en état de pureté? On accepte comme vrai, porte le texte (3), la déclaration de la femme qu'elle a été répudiée pendant les infirmités. Un jurisconsulte, Ibn Jounès, pense cependant qu'il y a lieu de faire vérifier par des matrones la déclaration de la femme, mais son opinion n'a pas prévalu. L'affirmation de la femme suffit, à moins que, lorsque les parties se présentent devant le kadi, la femme soit redevenue en état de pureté, parce qu'alors le délai qu'elle a laissé écouler avant d'introduire son actif fait soupçonner sa véracité, et la loi, dans ce cas, s'en rapporte à la déclaration du mari (4).

3° La troisième condition est ainsi ormulée dans le texte :

(1) Texte, p. 29.
(2) T. II, p. 522.
(3) Texte, p. 29.
(4) Ibn Salamoune.

« La répudiation doit avoir lieu avant que le mari ait eu des « rapports avec sa femme depuis que celle-ci a repris son état « de pureté (1). »

Un hadits du Prophète porte cependant : « Ne prononcez qu'une répudiation par chaque époque de pureté. » Aussi a-t-on admis, dit l'Hedaya (2), qu'un mari pouvait valablement, contrevenir à la sonna, répéter la formule répudiaire à un mois d'intervalle. »

4° Enfin la répudiation ne peut être prononcée pendant l'eudda, c'est-à-dire pendant le délai de viduité. Ce délai est de trois mois, il commence à partir de la prononciation de la première formule répudiaire ; il faut donc que le mari attende six mois au moins avant d'être complétement séparé de sa femme. Cette longueur de temps pendant laquelle le mari manifeste la même intention, atteste l'impossibilité où sont les époux de vivre ensemble ; aussi la répudiation alors prononcée est la plus louable et la plus méritoire. C'est celle que conseillaient les compagnons du Prophète et que les fondateurs du rite malékite considèrent comme seule régulière (3).

**329.** Cette répudiation sonnite s'accommodait mal par ses délais et par les conditions auxquelles sa validité était assujettie au caractère et aux mœurs des populations de l'Arabie ; auss voyons-nous, dès le IIe siècle de l'hégire, s'introduire dans la législation musulmane une répudiation plus facile et plus prompte. Le mari put répudier ses femmes en tout temps, il eut la faculté de prononcer trois répudiations à la suite l'une de l'autre, et même de dissoudre instantanément son mariage par l'emploi d'une seule formule répudiaire. L'imam Chafei approuva ces règles nouvelles, les autres rites s'y soumirent et l'union conjugale, livrée dès lors à tous les caprices du mari, ne tarda pas à être ramenée, comme nous l'avons trouvée à la conquête et que nous la voyons encore en Algérie, à un état voisin de celui où elle était à l'époque du Prophète.

Cette répudiation contraire aux règles de la sounna s'appelle irrégulière, anormale ou antisonnite.

(1) Texte, p. 29.
(2) Hédaya, t. I, p. 201-202.
(3) Hedaya, t. I, p. 201-202.

**220.** Pour toute répudiation, sonnite ou antisonnite, il faut :
Que le répudiant ait le pouvoir ;
Qu'il manifeste son intention ;
Que la répudiation soit possible ;
Qu'une formule répudiaire ait été prononcée (1).

**221.** *Le pouvoir.* — Ce pouvoir appartient en principe au musulman majeur et sain d'esprit (2). Il appartient aussi au muet lorsque du reste il réunit les conditions exigées (3). Il appartient également au malade, mais les effets de la répudiation sont alors restreints comme ceux du divorce (4).

D'où la conséquence que l'infidèle, l'enfant (le sr'ir), l'interdit, le somnambule, celui qui dort et celui qui est plongé dans l'ivresse sont incapables de prononcer une répudiation valable.

D'après le texte du sidi Khalil cependant, le mari qui est dans un état d'ébriété a le pouvoir suffisant, et il y a divergence entre les jurisconsultes malékites lorsque, par suite de cet état, le mari ne peut pas se rendre compte de ce qu'il fait (5).

Et c'est en effet la règle qu'a appliquée le kadi de Tlemcen dans son jugement du 13 septembre 1864 : « La femme Mouna bent si Ali ben Diaf demandait le divorce contre son mari, Mohamed ben Tabet el Mouache, se fondant sur ce que celui-ci l'avait répudiée par trois fois. Le mari répondit : « Je ne me souviens de rien ; je ne sais si je t'ai répudiée, car j'étais en état « d'ivresse et je ne savais ce que je faisais, je n'avais pas ma raison. » Les témoins entendus déclarèrent que le mari avait prononcée la répudiation, mais qu'aussitôt après l'avoir fait il était tombé par terre. Et le kadi s'appuyant sur le texte de sidi Khalil et sur l'opinion conforme des autres jurisconsultes Tataï et Zorkani, débouta la femme Mouna de sa demande et déclara que la répudiation, si elle avait été prononcée, était nulle, vu l'état d'ivresse dans lequel se trouvait le mari. »

Les Chaféites et les Hanafites vont plus loin que les Malékites, ils admettent que même dans le cas d'ébriété simple, le musul-

(1) Texte, p. 30.
(2) Texte, p. 30 ; Mouradja d'Ohsson, t. V. p. 196.
(3) Hedaya, t. I, p. 22.
(4) Ci-dessus, n° 280.
(5) El Karchi, Abd el Baqui.

man n'est pas sain d'esprit, que sa raison est supendue, et que, dès lors, il ne peut point valablement répudier sa femme (1).

**332.** *L'intention.* — La répudiation n'est valable qu'autant que le mari a eu l'intention de la prononcer. « La répudiation est obligatoire, porte le texte (2), lorsque le mari a eu l'intention de répudier en prononçant la formule. Si donc il résultait des circonstances que le répudiant n'a pas compris les paroles dont il s'est servi ou que les formules par lui employées allaient au delà de sa pensée, ou qu'en s'adressant à sa femme nommée Tarek il l'ait appelée tarek (mot qui signifie répudiée), la répudiation n'aurait pas lieu. — De même, si un mari appelant une de ses femmes, lui disait : Eh, Hassa ! qu'une autre de ses femmes, Amra par exemple réponde, et que le mari ajoute : Tu es répudiée, la répudiation atteindra Hassa parce que c'est elle, et elle seule, dont le mari a eu l'intention de se séparer. »

La Cour d'Alger a fait de cette règle une application qui mérite d'être rapportée.

Le nommé Abdel Melek ben Aouda se trouvant avec sa femme Fathma et d'autres indigènes dans un champ dont ils faisaient ensemble la récolte, s'était soudainement écrié : « Je jure que personne ne boira de cette eau ou bien ma femme sera répudiée. » Malgré cette interdiction et après avoir vainement prié Abdel Malek de se rétracter, plusieurs des indigènes, pressés par la soif, s'étaient approchés de l'outre et avaient bu.

L'événement auquel avait été subordonnée la répudiation s'était ainsi réalisé, Fathma quitta le domicile conjugal et fit reconnaître la validité de la dissolution de son mariage par le kadi de la 8e circonscription judiciaire de la province d'Alger.

Mais la Cour, saisie par appel, infirma la sentence du kadi par arrêt du 20 décembre 1865, ainsi motivé :

« Attendu qu'en droit musulman on doit s'en remettre à la « conscience et à la religion du mari, s'il nie que les paroles « d'apparence répudiaire prononcées par lui aient été dites dans « un but de répudiation ;

« Qu'on ne peut admettre qu'en prononçant les paroles qui lui

(1) Hedaya, t. I, p. 211.
(2) P. 30

« sont attribuées Abd el Malek y ait attaché une intention sérieuse « et de nature à entraîner la grave conséquence que l'intimé vou- « drait en faire résulter ;

« Que cette intention est d'autant moins admissible que jus- « qu'alors la concorde avait régné entre les époux, que le mari, « tout au moins, n'avait aucun grief contre sa femme ;

« Attendu enfin qu'Abd el Malek nie formellement que les pa- « roles prononcées par lui l'aient été dans un but de répudiation « et qu'en présence des indices probants relevés dans ses expli- « cations, il y a lieu de s'en tenir, sur ce point, à sa dénégation ;

« Par ces motifs, infirme. »

Et si les paroles répudiaires ont été arrachées par menace ou par violence? Les rites diffèrent sur ce point.

Les Hanafites valident la répudiation prononcée dans ces circonstances parce que, disent-ils, la loi a concédé le pouvoir de répudier au mari majeur et sain d'esprit et qu'elle n'a point fait d'exception en faveur de celui qui est soumis à une contrainte (1).

Les Chaféites sont d'une opinion diamétralement opposée ; ils considèrent le mari qui agit sous le coup d'une menace ou d'une violence comme privé momentanément de sa raison, et ils annulent, en conséquence, la répudiation prononcée dans ces conditions. « Il y a quatre personnes, dit Abou Hadja, dont la répudiation est sans force, ce sont : les mineurs, le fou, celui qui dort et celui qui agit par contrainte (2). »

Les Malékites suivent la même règle que les Chaféites : ils déclarent la répudiation nulle lorsque le répudiant a été forcé de la prononcer (3). Le texte ajoute : « La crainte de sévices, la me- « nace de la mort, les violences, la prison, les fers, les coups « portés en public derrière la nuque, la mise à mort de ses en- « fants ou la perte de ses biens rendent encore la répudiation « sans effet. » Faut-il que ces biens soient considérables? Il y a divergence.

Voilà pour les menaces ou les violences dirigées directement contre le mari. « Il n'en est pas de même, continue le texte,

(1) Hedaya, t. I, p. 210.
(2) Traduction de Kreitzer, p. 42 ; Hedaya, t. I, p. 210.
(3) Texte, p. 30.

« lorsque l'intimidation est exercée contre un étranger.... ni lors-« que la répudiation a été prononcée à la suite d'un serment forcé; « dans ce dernier cas, la majorité des juristes maintient le fait ac-« compli (1) » parce qu'un serment forcé n'est pas obligatoire et que le mari est réputé avoir agi dans toute sa liberté d'esprit lorsqu'il répudie à la suite d'un serment qui ne le liait pas.

Mais le défaut d'intention ne permet au mari de faire annuler la répudiation qu'autant que ce défaut s'applique à la répudiation elle-même et non à quelques-uns de ses effets (2). Ces effets sont déterminés par la loi et il n'appartient pas au mari de les étendre ou de les restreindre à sa volonté. Il ne pourrait donc pas, comme avant l'islamisme, empêcher la femme répudiée de se remarier, lui retenir sa dot, s'attribuer sa succession si elle décédait (3), et si des stipulations de cette nature étaient faites lors de la répudiation, ces stipulations seraient nulles, la femme reprendrait tous ses droits, et le mari ne pourrait faire annuler l'acte répudiaire sous le prétexte qu'il avait entendu en limiter les effets et n'avait jamais eu l'intention de prononcer la répudiation telle qu'elle est établie par la loi.

**223.** *La possibilité.* — Il n'y a de répudiation possible que si le mari a des droits sur la femme (4). Si donc il y a eu précédemment divorce ou annulation de mariage, le mari n'a plus la possibilité de prononcer la répudiation. Et toute répudiation qui aurait lieu dans ces circonstances serait nulle et sans effet. Mais si les époux se remariaient, par la suite, le serment du mari reprendrait toute sa force et il serait tenu de répudier sa femme si elle accomplissait l'acte qu'il avait défendu (aller dans telle maison, recevoir tel personnage, etc.) et de se séparer de toute autre femme qu'il aurait épousée malgré l'engagement qu'il avait pris. La loi suppose donc qu'un homme s'est marié, qu'il a fait à sa femme le serment de répudier toute autre femme qu'il prendrait pendant qu'ils vivraient ensemble, que ce mariage a été annulé juridiquement, par exemple, et plus tard qu'une nouvelle union a été contractée entre les mêmes époux; et elle décide que l'en-

(1) Texte, p. 30.
(2) Texte, p. 30.
(3) Koran Sourate, II, v. 231-232.
(4) Texte, p. 30.

gagement pris pendant le premier mariage subsistera pendant le second et que le mari sera tenu de répudier toutes les autres femmes qu'il aura pu prendre pour épouses (1).

Nous avons posé en principe qu'il n'y avait de répudiation possible que lorsque le mari avait des droits sur sa femme ; mais il n'est point nécessaire que ces droits soient acquis, lorsque la formule répudiaire est prononcée, et qu'à ce moment il y ait mariage précédemment conclu. Sidi Khalil nous apprend, en effet, que la possibilité existe quand même il n'y aurait pas encore de liens entre l'homme et la femme, et il cite par exemple le cas où un musulman dirait d'une étrangère : « Elle sera « répudiée dès que je la demanderai en mariage, dès que « j'entrerai dans telle maison (2). » La répudiation, si la condition est remplie, devient obligatoire pour le mari, et il sera tenu de payer à la femme une demi-dot si la répudiation a lieu avant que le mariage soit consommé ou la dot entière si la répudiation ne vient qu'après (3).

La formule employée ne constitue donc pas seulement un droit pour l'un ou l'autre époux à demander la nullité du mariage ; elle laisse subsister l'union matrimoniale, ne serait-ce qu'un instant de raison, et oblige le mari à en prononcer la dissolution avec toutes les conséquences qui en sont la suite, notamment le payement d'une dot; aussi sidi Khalil dit il : On peut épouser la femme qu'on s'est engagé à répudier (4).

Il y a également possibilité pour l'homme qui s'engage à répudier les femmes de telle race, de telle ville ou encore celles qu'il pourrait épouser, jusqu'à ce qu'il ait atteint un âge déterminé (5). La répudiation, dans ces différents cas, n'a lieu que pour l'avenir, elle n'atteint donc point les femmes avec lesquelles le répudiant est uni par les liens du mariage au moment où il prend l'engagement. Mais si le répudiant se séparait d'une de ses femmes après l'engagement pris, il ne pourrait plus se marier avec elle sans que ce mariage fût soumis, s'il se trouvait dans les conditions prévues, à la répudiation prononcée par anticipation.

(1) Texte, p. 31.
(2) Texte, p. 31.
(3) Texte, p. 31.
(4) Texte, p. 30-31.
(5) Texte, p. 31.

La possibilité existe encore pour l'homme qui a fait serment de répudier toute femme qu'il épouserait en Égypte, par exemple ; s'il se marie dans le pays il est tenu à la répudiation, mais il lui est permis d'y faire une simple demande et le mariage qui s'ensuivra sera valable s'il se conclut dans un autre pays (1).

On pourrait conclure de là que la possibilité existe toutes les fois qu'un homme s'est engagé, sous serment, à répudier par anticipation, dans les conditions qu'il détermine ; la doctrine n'est pas cependant allée jusque-là. Ainsi, elle décide que la possibilité n'existe pas et, par voie de conséquence, que la répudiation n'est pas obligatoire lorsque le mari s'est engagé à répudier toutes les femmes qu'il épouserait, ou celles qu'il n'épouserait pas par tefouid, ou celles qu'il épouserait en dehors de tel ou tel village, ou celles qu'il ne verrait pas avant le mariage, alors que postérieurement à son serment, il est frappé de cécité (2). On autorise même l'homme qui s'est engagé à répudier toutes les femmes vierges, puis celles qui ne le seraient pas, à ne pas tenir son serment. Il en est de même pour l'individu qui aurait dit : Je répudierai toute femme que j'épouserai, ou encore : Je répudierai toute femme avec laquelle je me marierai avant d'avoir atteint tel âge déterminé. Dans ce dernier cas, celui qui a pris l'engagement, même sous serment, n'est pas tenu de le remplir s'il craint, en s'y soumettant, de s'adonner à la débauche (3).

**324.** *Formules.* — L'emploi d'une formule est nécessaire à la validité de la répudiation, mais il n'y a pas de formule sacramentelle. Le répudiant peut se servir des expressions qui lui conviennent le mieux, et ces expressions seront toujours suffisantes si elles sont prononcées avec l'intention formelle de répudier. Aussi voyons-nous dans le texte de sidi Khalil que la répudiation est encourue, non-seulement par une formule expresse, mais encore « par un signe quelconque pouvant faire comprendre l'intention de répudier (4). « Et encore, que la répudiation est obligatoire lors-

(1) Texte, p. 31.
(2) Texte, p. 31.
(3) Texte, p. 31.
(4) Texte, p. 32.

que le mari a eu l'intention de la répudier en disant : « Donne-moi à boire » ou en prononçant toute autre parole (1). » Quelques jurisconsultes ont même admis que la répudiation était acquise dès que le mari avait formé l'intention de la prononcer et sans qu'il fût besoin pour lui de manifester cette intention ; mais cette doctrine n'est pas adoptée par tous les autres. Il y a divergence, l'Hedaya (2).

**225.** Les formules se divisent en formelles et en équivalentes. Les formules formelles sont celles qui contiennent le mot talak (répudiation) ou un de ses dérivés : Je vous répudie, vous êtes répudiée ; et les formules équivalentes, celles qui ne contenant pas l'expression talak, font cependant présumer l'intention répudiaire. Telles sont : Comptez ! — Vous n'êtes pas mariée ? — Vous êtes séparée. — Vous avez la bride sur le cou. — Je vous laisse libre. — Voilez-vous. — Je vous rends à votre famille (3).

Les formules expresses ou formelles établissent par leur seul contexte l'intention du mari et entraînent la répudiation ; les autres, au contraire, celles que nous avons désignées sous le nom générique d'équivalentes, sont à elles seules suffisantes pour produire un effet répudiaire, le mari peut soutenir que, lorsqu'il s'en est servi, il n'avait point en vue la répudiation (4) ; aussi exige-t-on que l'emploi de ces formules soit accompagné de l'intention de répudier, intention qui dépendra souvent des circonstances et sur laquelle, au surplus, on s'en rapportera à la déclaration, sous serment, faite par le mari. C'est là, en effet, ce que constate sidi Khalil : « On s'en remettra, dit-il, à la conscience du mari lorsqu'il déclarera qu'il n'y a eu de sa part qu'une apparence de répudiation (5). » Et ailleurs, le mari qui dit à sa femme : « Femme sans frein, il n'y a entre toi et moi rien de permis et rien de défendu, » déclarera par serment qu'elle a été son intention, et s'il ne jure pas, la répudiation sera encourue (6). Le Hedaya (7) fait à ce sujet des formules équivalentes et de la manière dont elles doivent

(1) Texte, p. 32. Il en est de même en droit rabbinique, Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. II, p. 229.
(2) T. I, p. 125.
(3) Hedaya, t. I, p. 236.
(4) Ibn Salamoune ; Hedaya, t. I, p. 235.
(5) Texte, p. 32.
(6) Texte, p. 32.
(7) T. I, p. 238 à 240.

être interprétées, au point de vue de l'intention répudiaire, la distinction suivante : La formule est-elle prononcée par le mari dans la plénitude de ses facultés et sans y avoir été provoqué? On recherchera l'intention du mari et l'on s'en rapportera à sa déclaration. A-t-elle été employée par le mari en réponse à une demande formelle de répudiation faite par la femme? L'intention est alors manifeste et l'emploi de la formule équivalente entraîne la répudiation. Enfin, la formule a-t-elle été énoncée dans un moment de colère? Elle est considérée comme non avenue et ne produit aucun effet répudiaire.

**236.** La valeur des formules employées varie suivant l'intention manifestée par le mari en les prononçant. Ainsi les formules : « je te répudie, — tu es répudiée, » qui n'entraînent par elles-mêmes qu'une répudiation *par un*, peuvent, suivant les circonstances, amener une répudiation *par deux* (1), et, par contre, les formules : « Tu es pour moi comme du sang ou comme une morte, etc , » qui indiquent une répudiation *par trois*, peuvent néanmoins n'entraîner qu'une répudiation moindre (2). De là nécessité de rechercher avec soin ce qu'a voulu le mari, la pensée qui l'a fait agir, l'intention qu'il a manifestée pour déterminer l'étendue qu'il convient de donner à la formule dont il s'est servi.

**237.** Et à défaut de l'intention (3), la doctrine et la jurisprudence ont indiqué l'importance qu'on doit attribuer aux formules les plus usitées.

La répudiation est donc *par un* lorsque le mari a employé une des expressions qui suivent : « Je te répudie par la meilleure ou par une mauvaise répudiation, par une répudiation grande comme un palais, — je te répudie, — je me suis séparé de toi, — tu es répudiée, — ta répudiation est obligatoire pour moi, — tu es libre, — tu es affranchie, — va rejoindre ta famille, — tu n'es plus ma femme, — tu es répudiée par une demi-répudiation, par deux demi ou par une demi et un tiers de répudiation, ou par la répudiation de un multiplié par un (4). »

(1) Texte, p. 32 et suiv.
(2) Texte, p. 32 et suiv.
(3) Texte, p. 32 et suiv.
(4) Texte, p. 32 et suiv.

**338.** Entraînent la répudiation par deux, les formules : « Je te répudie par deux, par un plus un, par la répudiation multipliée par deux, par la répudiation totale moins la moitié, par trois moins un, par un quart et par une demi-répudiation. »

Cette dernière formule appelle une explication. Il est de principe que toute fraction de répudiation est considérée comme une répudiation entière, et c'est pour cela que dans les formules *par un* nous voyons figurer les suivantes : par une demie; par les deux tiers d'une répudiation.

Dans la formule par un quart et par une demi-répudiation, les deux fractions sont aussi inférieures à l'unité, mais elles ne se réunissent pas pour former une seule fraction égale, dans l'espèce, aux trois quarts; elles constituent une répétition, comme si la formule portait : par un quart de répudiation et par une demi-répudiation, et chaque fraction emportant une répudiation entière, il y a lieu de décider, comme le font tous les jurisconsultes, que la formule employée produit deux répudiations (1).

**339.** Les formules qui suivent sont appelées parfaites et donnent lieu à la répudiation définitive ou par trois : « Ton union est rompue, — tu as la corde sur le cou, — je te laisse le chemin libre, — entre dans ta maison, — je n'ai plus d'autorité sur toi (2), — je te répudie par trois moins une moitié, par deux multipliés par deux, — toutes les fois que tu auras tes infirmités (3), — si je te répudie tu le seras par trois, » ou encore, s'il emploie la formule : « Je te répudie autant de fois qu'il y a de tuiles dans la ville » — arrêt du 6 mars 1867. « Tu es pour moi un objet défendu. » — Kadi de Tenès, 17 décembre 1861, et kadi de Cherchell, 27 novembre 1861.

Il y a aussi répudiation par trois lorsque le mari dit à sa femme, lorsqu'il n'a pas encore eu de relations intimes avec elle : « Tu es pour moi comme morte ou comme du sang, — tu m'es défendue, — je t'abandonne, — je suis entièrement séparé de toi, — je suis débarrassé (4). »

La répudiation est également par trois, lorsque la formule con-

(1) Texte, p. 33.
(2) Texte, p. 33.
(3) Texte, p. 33.
(4) Texte, p. 34.

tient trois fois l'expression répudiaire ou trois expressions différentes emportant répudiation et séparées par une conjonction; et, puis, ensuite, et encore lorsque le mari a soumis la répudiation à plusieurs conditions et que trois d'entre elles ont été remplies (1).

**340.** Les auteurs ne sont point d'accord cependant sur la valeur de certaines formules; ainsi, les uns considèrent comme insignifiantes les expressions : « Ta face est défendue à ma face, — ta face m'est défendue, — ma vie avec toi est un crime; » les autres soutiennent que l'emploi de ces formules entraîne la répudiation définitive ou par trois (2).

Quelques jurisconsultes voient dans le fait par un mari de prononcer d'abord la répudiation, puis de dire à un tiers qu'il a répudié sa femme, une répétition de la formule répudiaire et décident que la répudiation par deux est encourue; le plus grand nombre, au contraire, pense qu'il n'y a dans cette hypothèse qu'une répudiation par un (3).

**341.** Mais ils s'entendent tous pour décider que les formules qui suivent n'ont aucune valeur répudiaire : O défendue! Ce qui est à moi m'est défendu (4). O ma mère! ô ma sœur (5)! » Et que celle-ci : « Il n'y a pas de mariage entre toi et moi, — je n'ai plus de pouvoir sur toi, — je ne te conduis plus, » n'entraînent aucune répudiation lorsque le mari les prononce les unes à la suite des autres; mais qu'elles entraînent la répudiation définitive lorsqu'elles sont énoncées isolément (6).

**342.** Et si le mari a plusieurs femmes? La répudiation atteindra celle qui sera désignée nominativement, mais il peut arriver que le mari, ayant quatre femmes par exemple, leur dise à toutes les quatre lorsqu'elles sont réunies : « Vous êtes répudiées par ce qui n'excède pas le nombre de quatre. » Ou bien encore qu'ayant trois femmes il dise à la seconde : « Tu es associée à la première qui est répudiée par trois, » et à la troisième : « Tu es associée à elles deux. » On décide alors, dans le premier cas, que chacune

(1) Texte, p. 34.
(2) Texte, p. 34.
(3) Perron, t. II, p. 566.
(4) Texte, p. 34.
(5) Texte, p. 34.
(6) Texte, p. 34.

des quatre femmes est répudiée par un, et dans le second que la première et la troisième femme sont répudiées par trois, et la deuxième par deux seulement (1).

**343**. Voilà donc les formules. Mais le mari n'est pas tenu de les employer lui-même; il peut déléguer un tiers, envoyer une lettre missive, ou autoriser la femme elle-même à prononcer sa répudiation.

Veut-il déléguer un tiers, lui confier son mandat? Il peut employer ceux des trois modes autorisés pour la femme (ci-dessous, 344). De plus, la loi exige que ce tiers ne soit pas à plus de deux ou trois jours de marche du lieu habité par la femme. S'il demeure à une plus grande distance, c'est la femme elle-même qui est chargée d'accomplir le mandat et de prononcer la répudiation (2).

Et s'il y a deux mandataires ils devront agir ensemble, sous peine de nullité, à moins toutefois que le mandat n'ait été donné séparément à chacun d'eux (3).

Le mari envoie-t-il une lettre missive? Il faut qu'il fasse constater l'authenticité de cette lettre.

Si Ali et Tsouli dit, dans son commentaire sur le livre *el Aosinna:* « Une personne écrit de sa propre main sa volonté, puis elle « meurt. Cet écrit sera valable pourvu que son authenticité soit « attestée par deux témoins honorables. » Et ailleurs : « Un mari « répudie par un écrit de sa main, il envoie cet écrit à sa femme « ou le lui fait remettre par un intermédiaire; la répudiation sera « valable pourvu que deux témoins attestent l'authenticité de cet « écrit. »

Et sur cette doctrine, professée également par sidi Khalil (4), le kadi d'Orléansville a, par jugement du 23 septembae 1863, validé une répudiation faite ainsi par lettre missive du mari à sa femme.

Le mari veut-il donner sa délégation à sa femme? Quelques jurisconsultes ont pensé que la femme ne pouvait pas être admise à prononcer elle-même sa propre répudiation (5). Il y a deux

(1) Texte, p. 33.
(2) El Karchi.
(3) Texte, p. 35.
(4) Texte, p. 35.
(5) Cheik et Tsouli.

avis, dit un jurisconsulte, mais l'opinion contraire a prévalu et il est depuis longtemps admis, sans conteste, que le mari peut donner sa délégation sous trois formes différentes, exprimées chacune par un seul mot, par mandat, par choix ou à discrétion.

Mais toutes les femmes peuvent-elles recevoir de leur mari une de ces délégations ? Oui, la loi ne fait pas de distinction, elle autorise toutes les femmes à recevoir de leurs maris le pouvoir répudiaire; seulement les auteurs ne sont pas d'accord sur l'époque à laquelle cessent pour les femmes impubères le droit qui leur est concédé (1).

**241.** La première forme que le mari puisse donner à l'autorisation qu'il entend concéder à la femme est celle *du mandat.* Constituée mandataire de son mari, elle ne peut agir que dans les délais et sous les conditions mises au mandat qu'elle a reçu. C'est le mandat qui lui confère son droit, c'est au mandat qu'il faudra se référer pour en connaître la durée et l'étendue (2).

La seconde forme consiste dans *le choix* laissé à la femme; dans le pouvoir à elle conféré de choisir entre le maintien du mariage et telle ou telle répudiation, ou entre deux répudiations différentes. La femme est ainsi placée entre deux alternatives, elle peut accepter l'une ou l'autre; mais il ne lui est pas permis d'ajouter une condition, par exemple, que le mari habitera chez ses parents à elle, ou de modifier l'étendue de son pouvoir en se divorçant par un si elle ne peut le faire que par deux, en prononçant par un ou par deux si elle n'a que le choix entre le maintien du mariage et la répudiation par trois.

Mais il peut arriver que le mari n'ait pas été très-explicite au sujet des droits qu'il entendait conférer à sa femme, qu'il ait employé une formule équivoque, sujette à interprétation, ou encore que la femme ait fait à l'offre du mari une réponse vague. Dans ces hypothèses, on consultera les époux, et on décidera, d'après le texte (3), suivant la réponse formelle de la femme ou suivant la déclaration du mari, en ce qui concerne l'acceptation ou la non acceptation de la répudiation. Et pour le nombre

(1) Texte, p. 36.
(2) Texte, p. 35.
(3) Texte, p. 35.

des répudiations, on déférera le serment au mari sur l'étendue du droit qu'il a entendu concéder, et l'on s'assurera auprès de la femme de l'intention qu'elle avait lorsqu'elle a prononcé la formule répudiaire (1). Si la femme prononce en ces termes : Je dispose de moi, la répudiation est encourue ; si elle dit : Je dispose de mon mari, il n'y a pas répudiation (2).

Le mari a-t-il fixé le lieu où la femme devait prononcer la répudiation ? C'est dans ce lieu seulement qu'elle pourra user de son droit (3).

A-t-il indiqué un délai ? Le délai expiré, la répudiation ne sera pas valable (4).

Remarquons à ce sujet que la loi blâme toute indication de délai et qu'elle charge spécialement le kadi de prévenir la femme qu'elle doit faire son choix immédiatement, si elle ne veut pas perdre le droit qu'elle a reçu de son mari : « Si le mari a fixé un « délai, un an par exemple, porte le texte (5), la femme sera « mise en demeure par le kadi de se prononcer aussitôt qu'il aura « connaissance du fait; et si elle ne se prononce pas, elle sera « déchue de son droit. » Et ailleurs (6) « L'iman Malek dit que « la femme, lorsque le choix lui a été laissé, peut exercer son « droit tant qu'elle n'a pas été mise en demeure par le kadi. » Et Ibn el Kassem : « La femme perd son droit après la mise en « demeure du kadi. »

Mais la formule : « Dès que tu voudras » indique-t-elle un délai en ce sens du moins que le kadi pourra mettre la femme en demeure de se prononcer ?

Les jurisconsultes ont discuté et ont fini par adopter l'affirmative (7).

Et si la femme est absente lorsque le mari lui concède le choix, sera-t-elle tenue de se prononcer sur la mise en demeure du kadi ? Sur ce point aussi il y a divergence entre les auteurs (8).

Le mari peut soumettre l'exercice du choix à une condition, et

(1) Texte, p. 35.
(2) Texte, p. 35, et Ibn Salamoune.
(3) Texte, p. 35.
(4) Texte, p. 35.
(5) Texte, p. 35.
(6) Texte, p. 36.
(7) Texte, p. 36.
(8) Cheik et Tsouli.

la femme n'acquiert alors la faculté de prononcer la répudiation que lorsque la condition est accomplie.

Si donc le mari a posé pour condition une chose impossible (si je monte au ciel) ou une action coupable (si je blasphème le nom de Dieu), la femme ne pourra jamais répudier.

**345.** Nous renvoyons pour ce qui concerne les conditions et leur valeur aux nos 352 et suivants, relatifs à la répudiation conditionnelle. Nous avons cependant à examiner, dès à présent, deux questions spéciales :

1° Un mari déclare à sa femme qu'elle aura le choix de la répudiation s'il reste absent plus d'un certain temps, un mois, par exemple; il part et revient avant l'expiration du délai fixé, mais il n'en prévient pas sa femme; celle-ci se répudie, elle convole à un nouveau mariage, puis le premier mari réclame sa femme et attaque la validité de la répudiation et du mariage qui l'a suivie. Que décider?

La répudiation n'est pas régulière, puisque le mari est revenu dans le délai fixé; mais il est coupable de n'avoir pas averti sa femme. On maintiendra donc la répudiation prononcée. D'un autre côté le second mariage contracté par une femme mariée est radicalement nul; on le dissoudra et l'on arrivera par suite à la même solution que si la femme avait été mariée par deux ouali sans qu'on pût savoir quel est celui des deux qui a été contracté le premier. Les deux mariages seront annulés (1).

2° Un mari a accordé à sa femme le choix sous cette condition : « Si un tiers revient. » Le tiers reparaît, mais le mari cohabite avec sa femme en lui cachant le retour du tiers. Ce fait de cohabitation, après les conditions accomplies, n'est-il pas un obstacle à ce que la femme use de son droit?

Non, assurément; car si en thèse générale la cohabitation a pour effet, ainsi que nous le verrons au n° 349, de priver la femme de l'exercice de son droit, les circonstances particulières ci-dessus énoncées, démontrent que le mari a été de mauvaise foi. Il ne saurait donc profiter de l'ignorance dans laquelle il a laissé sa femme, et celle-ci, malgré la cohabitation, conservera son droit. C'est la solution donnée par le texte (2).

(1) Texte, p. 35.
(2) Texte, p. 35-36.

**346.** Voilà donc la femme investie du choix. Elle se prononcera par paroles ou par signes. Et si les paroles sont obscures ; par exemple, si elle se contente de dire : « J'accepte, cette expression n'indiquant pas quel est le choix qu'elle fait entre les deux alternatives que lui a laissées son mari, on exigera qu'elle s'explique plus clairement et qu'elle fasse connaître si elle accepte la répudiation, si elle la refuse ou si elle demande un délai avant de prendre une détermination (1).

Quant aux signes, ils n'ont de valeur qu'autant qu'ils manifestent clairement l'intention de la femme. Ainsi le fait par la femme de se voiler le visage devant son mari, de sortir de la maison conjugale, d'emporter les meubles et hardes, ne sont pas toujours suffisants aux yeux des jurisconsultes pour déterminer le choix. Il y a divergence, dit sidi Khalil (2), mais si par suite de circonstances, ces faits constituaient une indication claire, précise de la volonté de la femme d'être répudiée, la répudiation serait encourue (3).

**347.** La femme a manifesté sa résolution. Elle a prononcé des paroles ou fait des signes qui indiquent très-clairement son intention ; la résolution par elle prise sera-t-elle toujours obligatoire pour le mari ? On serait tenté de le croire.

Les jurisconsultes font cependant une distinction. Ils disent : Si le choix a été concédé après la célébration du mariage, alors que les époux avaient eu une existence commune de quelque durée, et pendant laquelle ils avaient pu se connaître et s'apprécier, la résolution de la femme sera obligatoire pour le mari (4).

Si au contraire la femme a reçu, avant la consommation du mariage, le droit de choisir entre le maintien de son union et la répudiation, et qu'elle se soit prononcée pour la répudiation définitive, ou par trois, le mari pourra ne l'accepter que par un (5), à la charge par lui :

1° De déclarer qu'il n'avait l'intention de laisser prononcer qu'une seule répudiation, bien que la formule par lui employée dût entraîner une répudiation plus forte ;

(1) Texte, p. 35.
(2) El Karchi le constate aussi.
(3) Perron, t. II, p. 601.
(4) Texte, p. 35.
(5) Texte, p. 35.

2° De s'empresser de faire connaître son refus d'accepter une répudiation définitive;

3° D'affirmer sous serment, s'il a consommé le mariage, et sans serment, s'il n'y a pas eu de consommation, qu'il n'a pas répété plusieurs fois la formule répudiaire ou que la répétition, si elle a eu lieu, n'a eu pour but que de confirmer purement et simplement le droit résultant de la formule primitive.

**348.** Le seul fait par le mari d'accorder à la femme le droit de prononcer la répudiation entraîne la cessation des relations conjugales jusqu'au moment où la femme aura fait connaître sa résolution (1). Le mari serait donc non recevable à se plaindre de ce que sa femme ne remplit pas, dans ces circonstances, ses devoirs d'épouse. Toutefois, comme il pourrait arriver que la femme voulût profiter de la latitude que lui laisse le choix pour se faire donner son entretien par le mari pendant un temps indéterminé et se refuser à lui, la loi autorise le kadi à enjoindre à la femme de prononcer sans délai, en lui déclarant qu'elle sera déchue si elle ne satisfait pas à l'injonction (2).

**349.** Le droit concédé à la femme cesse :

1° Lorsqu'elle a fixé son choix.

2° Lorsqu'elle fait une renonciation tacite soit en rentrant, obéissante, dit le texte (3), au domicile conjugal, soit en reprenant volontairement avec son mari ses rapports de cohabitation (4).

La cohabitation a même pour effet d'annuler le mandat répudiaire qu'un mari aurait donné à un tiers, si elle a lieu avant que ce tiers ait prononcé la répudiation (5).

3° Lorsqu'elle a laissé passer le délai qui lui avait été imparti (6), et ce quand même elle prétendrait qu'elle n'avait pas toute sa raison ou qu'elle ne s'était pas exactement rendu compte du délai dans lequel elle devait se prononcer.

4° Lorsqu'après un divorce ou une répudiation prononcée en

(1) Texte, p. 35.
(2) Texte, p. 35.
(3) Texte, p. 35.
(4) Texte, p. 35.
(5) Ibn Salamoune.
(6) Texte, p. 35.

dehors du choix qu'elle avait reçu, elle contracte une nouvelle union avec le même mari (1).

5° Lorsqu'elle ne satisfait pas immédiatement à la mise en demeure du kadi, dans le cas où il est autorisé à la faire (n°s 344 et 348).

**350.** La troisième forme que le mari peut donner à la délégation de ses pouvoirs répudiaires à sa femme est indiquée par l'expression à *discrétion*. La discrétion diffère du choix en ce que la femme n'est pas liée par deux alternatives; elle peut donc à sa seule volonté répudier par un, par deux ou par trois, sans qu'il soit nécessaire de rechercher quelle était l'intention du mari.

Les règles que nous avons exposées en traitant du choix sur l'intention de la femme, sur les moyens qu'elle peut employer pour la manifester, sur les circonstances de temps et de lieu, sur les conditions imposées, sur les conséquences de la résolution prise par la femme, suivant que le mari lui a conféré ses pouvoirs avant ou après la consommation du mariage, et sur les modes suivant lesquels le droit de la femme prend fin, sont applicables à la délégation du pouvoir répudiaire à la discrétion de la femme.

**351.** Nous voilà fixés sur les conditions dans lesquelles la répudiation peut être prononcée, sur les qualités que doit remplir le répudiant, sur la nécessité d'employer une formule répudiaire, sur les conséquences légales de telle ou telle formule et sur le droit qu'a le mari de déléguer ses droits à un tiers ou à sa femme. Étudions maintenant la répudiation en elle-même.

Et d'abord la répudiation peut-elle s'appliquer uniquement à une main, à un bras, ou à un membre quelconque ? Les rites ne sont pas d'accord.

Les Hanafites refusent au mari la faculté de ne répudier qu'une partie du corps de sa femme (2); ils se fondent sur ce que la répudiation est un mode de dissolution du mariage et que par la même raison qu'on ne peut se marier avec une main ou un bras, on ne saurait davantage répudier une partie seulement de la femme qu'on a épousée. L'imam Chafei autorise au contraire cette répudiation restreinte; quant aux Malékites, ils suivent l'opi-

(1) Cheik et Tsouli.
(2) Hedaya, t. I, p. 225.

nion des sectateurs d'Abou Hanifa, ils repoussent toute pensée de répudiation d'une partie du corps, et si la répudiation a été faite dans ces termes, ils l'annulent ou la maintiennent pour le tout suivant la distinction suivante : « On punira, disent les juristes (1), « celui qui aura répudié une partie de sa femme (une main, un « bras); mais la répudiation est obligatoire pour celui qui se « sert de ces mots : Tes cheveux ou ta parole sont répudiés. « Elle ne l'est pas s'il dit : Je répudie ta toux, ta salive, tes « larmes. »

Peut-on du moins prononcer une répudiation par fraction, pour un tiers, un quart? Non, tous les rites sont d'accord sur ce point. La répudiation ainsi formulée est valable pour un (2).

**352.** La répudiation est pure et simple ou conditionnelle : pure et simple, lorsque le mari la formule ainsi : Je vous répudie, vous êtes répudiée; conditionnelle, lorsqu'il la fait dépendre d'un fait ou d'un événement futur ou incertain (3) : Je vous répudie si vous allez dans telle maison, si Zéid revient, si vous suivez votre père à la campagne (Cour d'Alger, arrêt du 26 décembre 1871), si je vous trouve vierge. — Kadi de Nemours, 5 mars 1867.

La répudiation pure et simple produit son effet à partir du moment où elle est prononcée, quand même la formule employée ne porterait pas « à compter d'aujourd'hui. » Il suffit que le répudiant se soit servi de termes généraux et n'ait fixé ni délai ni condition. Et comme conséquences du principe, la répudiation donnée par lettre date du moment où la lettre a été écrite et non du moment où la remise en a été faite (4), et l'eudda court du jour où la répudiation a été prononcée et non de celui où elle a été connue, et par suite la femme, dans ces circonstances données, accomplit sa retraite légale sans le savoir (5).

Quant à la répudiation conditionnelle, elle ne produit effet que lorsque la condition à laquelle elle avait été soumise a été accomplie (6).

(1) Ibn Salamoune, et Tsouli, el Karchi.
(2) Hedaya et n° 338 ci-dessus.
(3) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 208.
(4) Texte, p. 35.
(5) Hedaya, t. I, p. 261.
(6) Hedaya, t. I, p. 265-266; Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 208.

Si donc le mari a dit : Tu es répudiée le jour qu'arrivera Zeïd, on attendra Zeïd, et s'il vient la répudiation sera encourue à partir du jour de son arrivée (1).

Ou encore s'il a employé la formule : « Si Zeïd me le conseille, » on attendra l'avis de Zeïd, et ce ne sera que lorsqu'il l'aura donné que la répudiation sera accomplie (2).

S'il a dit : Tu seras répudiée si tu parles à un tel ou si tu entres dans telle maison. La femme ne sera répudiée que lorsque les conditions auront été remplies (3).

Il n'y a pas de distinction à faire sur ce point entre les conditions affirmatives : « Si tu fais telle chose, » et les conditions négatives : « Si Zeïd ne vient pas ; » mais il y a cependant cette différence entre elles que les premiers ne mettent pas obstacle à ce que les époux continuent leurs relations conjugales, tandis que les secondes ont en général, pour effet immédiat de rendre les époux défendus l'un à l'autre (4). On admet toutefois des exceptions : ainsi, pour n'en citer qu'un exemple, lorsque le mari a prononcé la formule : « Je te répudie si je n'accomplis pas le pèlerinage cette année, » les rapports entre époux peuvent avoir lieu jusqu'à l'époque de l'année où les pèlerins se dirigent vers la Mecque.

**353.** Les conditions sont donc suspensives ; cependant si elles étaient relatives à un fait ridicule, inadmissible pour la raison, défendu, inévitable, obligatoire ou qui échappe à la connaissance des hommes, elles seraient considérées comme nulles et non avenues, la répudiation deviendrait pure et simple et produirait immédiatement effet. Sidi Khalil cite dans son texte (5) un grand nombre d'exemples de conditions semblables parmi elles : Tu es répudiée à compter du jour de ma mort, — si je me lève — lorsque tu auras tes infirmités périodiques, — si je fais ma prière, — si Dieu le veut, — si je commets un adultère.

**354.** Il est même des conditions qui sont non-seulement nulles, mais qui encore entraînent la nullité de la répudiation ; ce

(1) Texte. p. 38.
(2) Texte, p. 38.
(3) Texte, p. 38.
(4) Texte, p. 38 ; Perron, t. II, p. 587-588.
(5) Texte, p. 37.

sont les conditions impossibles ; « Quand je toucherai le ciel, — quand tu auras deux cents ans, — si tu accouches d'un esclave (parlant à une femme libre) (1), » auxquelles sidi Khalil assimile la condition qui dépend de la volonté d'un tiers, alors que ce tiers est mort ; et le cas où le mari dirait à sa femme : « Je t'ai répudiée lorsque j'étais enfant ou privé de ma raison, » parce que, dans ces deux derniers cas, le mari n'avait pas les qualités requises pour prononcer la répudiation.

**255.** La condition mise à la répudiation est ordinairement formulée sous serment, et la Cour d'Alger a même, dans un arrêt du 20 décembre 1864, exigé que le serment fût fait au nom de Dieu ou de l'un des attributs de la Divinité ; mais c'est là une exigence qui ne nous paraît point conforme à la loi musulmane. Sidi Khalil indique bien, en effet, comme obligatoire le serment fait dans ces conditions, mais il ajoute que le serment a également la force obligatoire lorsqu'il est formulé par ces seuls mots : Je le jure (2).

Aussi par application de ce texte, la jurisprudence constante des kadis et celle de la Cour d'Alger, sauf l'arrêt du 20 décembre 1864, a-t-elle toujours validé les répudiations prononcées par cette formule. Nous pouvons citer notamment deux jugements émanés, l'un du kadi de Cherchell du 20 novembre 1861, l'autre du kadi malékite d'Alger du 5 octobre 1871, et deux arrêts de la Cour, en date des 9 avril 1862 et 26 décembre 1871.

Le jugement du kadi de Cherchell est ainsi conçu :

« Le mari s'engagea par serment à répudier sa femme comme « cela sera établi plus bas. La formule du serment qu'il pro- « nonça était la suivante : Je jure que si j'envoie ma femme aux « champs pour travailler, elle sera pour moi un objet défendu.

« La femme prétendait donc que son mari avait fait ce serment. « Le mari niait. On fit comparaître des témoins, les nommés...., « lesquels déclarèrent que le mari s'était engagé par le serment « cité plus haut.

« Et le kadi jugea que le mari était tenu par son serment, qu'il « devait s'y conformer, et que la femme était définitivement sé- « parée de lui..... »

(1) Texte, p. 37-38.
(2) Traduction de Perron, t. II, p. 184.

Le jugement rendu par le kadi malékite d'Alger porte :

« Rabah a juré qu'il quitterait sa femme plutôt que de la « voir s'en aller à la campagne avec son père. La femme partit. « Rabah s'est adressé au kadi pour la faire rentrer au domicile « conjugal, mais celle-ci a excipé du serment de son mari, et le « kadi se fondant sur ce que Rabah reconnaissait avoir fait le ser- « ment susdit et que la condition avait été remplie, déclara qu'il « n'avait plus le droit de reprendre sa femme, si ce n'est par un « nouveau mariage. »

Mais le serment n'est même point nécessaire à la validité de la répudiation; elle est parfaitement valable lorsqu'elle est prononcée par ces seuls mots : Je te répudie si....., tu seras répudiée si....., et elle est encourue dès que la condition est remplie (1).

Il y a cependant une grande différence entre la condition formulée sans serment et celle faite avec serment. Dans le premier cas, je te répudierai si ....., le mari reste seul maître de donner suite à la répudiation lorsque la condition s'accomplit. Dans le second, au contraire, je jure que je te répudierai si ....., la femme peut obliger le mari à tenir son serment, et, en cas de refus, elle a le droit de le faire déclarer parjure, d'obtenir le divorce.

Tout serment doit être religieusement tenu, et la loi y contraint sous la peine du parjure, à la seule exception des cas où la formule employée établit que le serment n'a pas été sérieusement prêté.

C'est là le sens qu'il faut donner au texte de sidi Khalil (2), et qu'il a été au surplus fixé par la jurisprudence ; ainsi : Mohamed ben sidi Yahia ayant déclaré à sa femme, sous serment, qu'il la répudierait si elle passait la nuit chez sa sœur, et le fait s'étant réalisé, la femme demanda le divorce et l'obtint. — Jugement du kadi de Blida du 25 septembre 1867.

Un mari fit serment à sa femme qu'il la répudierait si elle allait chez son père ; — elle y alla, — rendit par là son mari parjure et obtint le divorce. — Jugement du kadi malékite d'Alger du 8 février 1868.

Un autre mari avait fait serment à sa femme de lui restituer sa dot qu'il avait employée à l'achat d'un cheval; il ne tint pas son

(1) El Karchi, Abd el Baqui ; sidi Khalil, texte, p. 38, jurisprudence constante.

(2) Texte, p. 38.

serment, la femme le fit déclarer parjure et le divorce fut prononcé. — Kadi malékite d'Alger, 24 février 1870 ; arrêt confirmatif du 2 juillet suivant.

La dernière décision sur cette matière a été rendue le 10 juillet 1871 dans les circonstances suivantes :

Hamoud ben er Raïs était marié avec Khadoudja bent Abderrahman Moggadem et logeait avec sa femme chez son beau-père.

Le 15 mai 1871 il frappa à la porte pour entrer ; il était minuit environ, mais personne ne lui ayant répondu, il fut obligé de rester dehors. Dans sa colère il fit le serment de ne plus mettre les pieds dans ladite maison et d'aller en habiter une autre avec sa femme. Pendant huit jours il tint cette promesse, mais au bout de ce temps il se rendit chez son beau-père, il entra dans la maison et réclama sa femme qui ne voulut pas aller avec lui. Hamoud actionna alors Khadoudja devant le kadi d'Alger pour avoir à le suivre dans son nouveau domicile, mais Khadoudja répondit en réclamant le divorce, son mari ayant violé son serment, et le divorce lui fut accordé par jugement du 24 mai 1871, confirmé le 10 juillet suivant par arrêt de la Cour.

**356.** La répudiation se divise aussi en *baïn* et redjaï. La répudiation *baïn* dissout immédiatement le mariage et ne permet aux époux de se réunir que de leur consentement mutuel, en vertu d'un nouveau contrat et moyennant constitution d'une nouvelle dot.

La répudiation redjaï, au contraire, n'entraîne pas la dissolution du mariage, elle oblige seulement les époux à se séparer. Le mari n'a plus le droit de s'introduire chez sa femme, et même de manger avec elle (1) ; mais il peut, de sa seule volonté, faire cesser cette répudiation et reprendre sa femme sans son consentement, sans contrat nouveau et sans dot nouvelle.

Est toujours *baïn* la répudiation prononcée contre une femme qui n'a pas consommé le mariage et celle qui a eu lieu par trois, même par l'emploi d'une seule formule.

Est également *baïn* le divorce qui intervient par le consentement mutuel moyennant une compensation, et le divorce prononcé par autorité de justice, sauf celui qui est fondé sur ce que

(1) Tous les auteurs. Texte, p. 40.

le mari ne pourvoit pas à l'entretien de sa femme et sur le serment ila.

Le divorce et la répudiation qui ne sont pas compris dans l'énumération qui précède sont *redjaï*, reversibles, sujets à retour.

**357.** Étudions donc le droit de retour. Et d'abord qui peut l'exercer? Tout mari séparé de sa femme par le divorce ou la répudiation redjaï peut reprendre sa femme, sans même avoir besoin de son consentement. Le texte dit, en effet, en termes généraux : « Le mari qui a répudié sa femme, » ce qui comprend le mineur, l'interdit, le muet, le malade, aussi bien que le majeur dans toute la force de la santé et de la raison. Et sidi Khalil ajoute, comme pour donner la solution à deux hypothèses qui ont dû soulever dans la doctrine quelques difficultés, « même celui qui est en état d'ihram ou d'esclavage... »

**358.** Mais il ne suffit pas d'avoir été le mari d'une femme répudiée pour avoir le pouvoir de la reprendre et de lui imposer la vie conjugale ; il faut encore :

1° Que le mariage n'ait pas été l'objet d'une dissolution définitive, c'est-à-dire qu'elle n'ait pas été faite par trois ;

2° Que le mari use de ce droit de retour pendant que la femme est en eudda ;

3° Que le mariage ait été légalement contracté ;

4° Qu'il ait été consommé ;

5° Que le mari ait manifesté par paroles l'intention d'user de son droit.

**359.** Reprenons, l'une après l'autre, ces cinq conditions :

Il faut, aux termes de la première, que le mariage n'ait pas été l'objet d'une répudiation définitive. La raison en est fort simple : c'est que la répudiation définitive ou par trois délie complétement l'union conjugale, qu'elle interdit même aux époux de se réunir, et que donner au mari le droit de retour serait violer une disposition du Koran (1).

La seconde condition exige que le mari use de son droit pendant l'eudda. Pourquoi? Parce que le droit de retour est un attribut, une dépendance de la puissance maritale, qu'il peut donc s'exercer tant que dure cette puissance, tant que la femme est

(1) V. n° 356; Koran Sourate, II, v. 230.

considérée comme épouse (1), que le mari lui doit des aliments et qu'elle conserve ses droits héréditaires ; mais à l'expiration de l'eudda, la femme reprend sa pleine et entière liberté et se trouve, par suite, affranchie de la puissance maritale et des devoirs qui en découlent.

Quant aux moyens destinés à constater si les délais de l'eudda sont ou non expirés, nous renvoyons au n° 262.

La troisième condition s'explique parfaitement. Tout mariage qui n'est pas légalement contracté doit être dissous par le divorce, et le divorce prononcé par autorité de justice est baïn, ainsi que nous venons de le voir. Autoriser le mari à reprendre sa femme pendant l'eudda lorsque le mariage était frappé de nullité, ce serait enlever au divorce par autorité de justice, son caractère particulier, le transformer en divorce redjaï et donner aux époux les moyens de se soustraire aux conséquences de la loi.

Aux termes de la quatrième condition, le droit de retour ne peut s'exercer que lorsque les époux ont consommé le mariage, et cela parce que toute répudiation d'un mariage non consommé est baïn.

La loi demande sur ce point des constatations. « Il n'y a pas lieu à reprise, porte le texte (2), s'il n'est pas certain que les époux avaient consommé le mariage, quand même ils déclareraient que la consommation a eu lieu. » Le texte ajoute cependant : « Du reste, on décide d'après l'aveu des époux. » C'est que, en effet, ils sont seuls en état de donner sur ce point une affirmation que la justice puisse accepter.

Enfin, la loi exige, comme cinquième condition, que le mari manifeste par paroles ou par signes l'intention de reprendre sa femme. Un jurisconsulte, Ibn Rouchd, a pensé que l'intention était suffisante, pourvu qu'elle fût certaine ; mais son opinion n'a pas prévalu. On a voulu qu'aucune discussion ne pût avoir lieu sur ce point, et l'on a exigé que le mari s'exprimât catégoriquement ; la cohabitation même, quelle qu'en fût la durée, ne saurait remplacer le signe ou parole (3). Toutefois, les jurisconsultes, après avoir posé le principe, semblent avoir reculé devant ses conséquences ;

(1) Texte, p. 40.
(2) Texte, p. 39.
(3) Les Chaféites partagent aussi cette opinion, mais les Hanafites admettent le retour tacite résultant de la seule cohabitation ; Hedaya, t. I, p. 290.

ils ont dit, en effet, que si la parole avait été dite sans intention ou si elle ne présentait pas un sens précis, le droit de retour ne pourrait pas s'exercer, et que, au contraire, une parole en apparence légère, mais sincère dans l'intention de celui qui l'a prononcée, suffirait pour rendre le retour valable. C'est, on le voit, donner ouverture à des contestations sans nombre. Heureusement qu'elles ne se soulèvent pas dans la pratique. Nous n'en avons trouvé, en effet, aucune trace dans toute la jurisprudence de la Cour d'Alger.

**360.** Le retour peut avoir lieu purement et simplement ou sans condition; mais comment doit-on interpréter la formule : Je te reprendrai demain? Il y a divergence (1). Quelques auteurs la considèrent comme entraînant le retour immédiat; d'autres comme ne suffisant pas pour autoriser le mari à reprendre sa femme.

Et si le mari avait prononcé la répudiation sous la condition que la femme entrerait dans une maison déterminée et qu'ensuite il ait déclaré qu'il reprendrait sa femme si elle entrait dans la même maison, cette dernière déclaration ne produirait aucun effet et le retour ne serait pas licite (2).

**361.** L'exercice du droit de retour n'est assujetti à aucune formalité. La loi recommande seulement, pour éviter toute discussion ultérieure, de prononcer le retour en présence de témoins; elle conseille même à la femme de se refuser à son mari tant que des personnes dignes de foi ne sont pas présentes pour attester qu'elle a été reprise dans les conditions de la loi (3).

**362.** Voyons maintenant quels sont les effets de ce droit.

Le retour replace les époux dans la situation où ils étaient avant la répudiation. Ils sont mari et femme, exerçant tous les droits et soumis à toutes les obligations naissant du mariage; leur contrat primitif garde toute sa force et continue de régir leur union conjugale.

Seulement, le retour ne fait pas disparaître la répudiation. Cette répudiation subsiste, elle compte pour un ou pour deux, suivant la formule qui a été employée pour la prononcer, et si le mari en prononce une autre plus tard, la répudiation première

(1) Texte, p. 39.
(2) Texte, p. 39-40.
(3) Texte, p. 40; Hedaya, t. I, p. 290-291.

comptera, et si elle complète le nombre trois, le retour sera impossible, la femme sera définitivement répudiée et le mari ne pourra la reprendre que dans les conditions que nous avons déjà fait connaître, lorsque la femme aura épousé un autre mari et aura été répudiée par lui.

**363.** Quant aux modes de preuve, la loi n'en indique pas, elle s'en remet aux principes généraux. Les époux feront donc entendre des témoins, ils rappelleront les faits et circonstances et s'empareront de leurs aveux réciproques à moins qu'ils n'aient fait dresser un acte de leur retour, ce qui, dans la pratique, est encore fort rare.

**364.** On divise encore la répudiation en parfaite ou imparfaite ; parfaite, qu'on nomme aussi complète et définitive lorsqu'elle a eu lieu par trois et que les époux ne peuvent plus se réunir que dans les conditions déterminées dans le Koran ; imparfaite ou incomplète, lorsqu'elle n'a été prononcée que par un ou par deux et qu'elle permet aux époux de procéder de leur consentement mutuel à un nouveau mariage. La répudiation reste imparfaite quoique le mari ait déclaré qu'il ne reprendrait sa femme que si elle lui payait une indemnité, ou qu'il lui ait remis en la répudiant un objet qu'on pourrait considérer comme prix compensatoire, ou enfin qu'il ait fait avec elle un arrêté de compte, un arrangement, parce que ces actes ou ces déclarations n'établissent pas d'une manière suffisante l'intention par le mari de dissoudre définitivement son union (1).

**365.** Passons maintenant aux formalités de la répudiation. Avant l'islamisme, les coutumes arabes n'imposaient aucune formalité pour la répudiation, l'intention du répudiant était suffisante dès qu'elle se manifestait.

Dans la loi rabbinique, au contraire, la répudiation était soumise à des formalités nombreuses, à une publicité exceptionnelle, à une solennité religieuse dans laquelle les rabbins avaient le principal rôle (2).

Mahomet ne crut pas devoir étendre aux tribus régies par des coutumes la législation suivie dans les tribus juives. Il consacra

(1) Texte, p. 26; ci-dessus, n° 282.
(2) Sautayra et Charleville, *Code rabbinique*, t. II, p. 229.

leurs usages, autorisa le mari à rompre son union par le fait seul de sa volonté exprimée sans témoins, sans formalité, sans intervention d'Imam ou de Kadi. « La répudiation dit sidi Khalil est valable même sans jugement. »

Cette extrême facilité tend singulièrement à relâcher les liens de famille, et il serait désirable que l'autorité souveraine intervînt et qu'elle indiquât les formes auxquelles la répudiation devrait être soumise, à l'avenir, pour être valable. La décision que nous sollicitons, véritable corollaire de celle prise en 1863, par le maréchal de Mac-Mahon, relativement au mariage, serait certainement accueillie avec la même faveur et exécutée par les magistrats musulmans avec le même empressement.

**366.** Nous arrivons aux effets de la répudiation.

Ces effets sont différents suivant que la répudiation est baïn ou redjaï, parfaite ou imparfaite. Nous renvoyons aux observations que nous avons présentées sur ce point aux n°s 297 et 356. Nous dirons seulement ici que la répudiation sépare complétement le mari de sa femme; qu'elle fait entrer la femme en eudda et qu'à l'expiration du retour, lorsqu'il peut être exercé, elle brise les liens qu'avait créés l'union conjugale, et supprime les droits et devoirs entre époux. Elle autorise la femme à se remarier et à réclamer à celui qui l'a répudiée la partie de la dot qui peut lui rester due, (le kali) sauf lorsque la répudiation a été prononcée à la suite d'adultère ou d'apostasie de la femme (1).

**367.** Ajoutons que par une disposition spéciale la loi recommande au mari comme obligation morale, mais qu'elle ne lui impose pas à titre d'obligation civile, de faire un don à la femme qu'il a répudiée lorsqu'elle a accompli son eudda.

Ce don est une véritable punition infligée au mari, une expiation pour avoir prononcé la répudiation contre sa femme et lui avoir causé un dommage. Lorsque le mariage était nul, que la femme a elle-même poursuivi la dissolution de son union, qu'elle l'a rendue nécessaire par son fait (l'adultère ou l'apostasie), ou encore lorsqu'elle a reçu une partie de la dot et qu'elle a été répudiée avant la consommation du mariage, le mari n'est point tenu, même religieusement, à faire ce don connu sous le nom de don de conso-

(1) Les auteurs sont unanimes et la jurisprudence constante.

lation et qui, du reste, est peu en usage chez les musulmans de l'Algérie.

**368.** *Modes de preuves.* — Lorsque le mari répudie sa femme, et qu'il fait dresser un acte par le kadi, on s'en rapporte à cet acte et c'est par les termes dans lesquels il est conçu que se jugent les contestations qui peuvent s'élever; mais c'est le cas le plus rare, les répudiations ne sont généralement prononcées que devant témoins, et toute contestation sur leur validité et leur étendue nécessite une enquête. Le juge se détermine alors d'après les déclarations qui lui sont faites; ainsi, par jugement du 19 février, confirmé par arrêt du 15 juin suivant, la répudiation a été jugée constante sur l'attestation, par deux témoins dont la droiture était connue, que le mari avait répudié sa femme.

Les jurisconsultes ont supposé que les témoins entendus pourraient ne pas être toujours complétement d'accord entre eux, et ils ont tracé pour ces hypothèses quelques règles d'interprétation.

Un témoin atteste-t-il que le mari a prononcé la formule : « Tu m'es défendue, » et l'autre : « Tu es définitivement répudiée; » la répudiation sera définitive, parce que les deux formules entraînent la répudiation par trois.

Un témoin dit-il : Le mari a juré qu'il répudierait sa femme s'il allait en ville le premier mois de l'année, et un second témoin : Le mari a fait le serment, mais pour le deuxième mois et non pour le premier, la répudiation sera encourue parce qu'on considère comme constant le serment et l'objet pour lequel il a été fait.

Un témoin affirme-t-il que la formule répudiaire a été prononcée au marché et un autre à la mosquée, la répudiation sera également encourue, parce que le fait principal est attesté par deux témoins (1).

Mais lorsque les témoins ne s'accordent pas sur le fait principal, important du débat; par exemple, lorsqu'un témoin déclare que le mari a répudié par un et un autre qu'il a répudié par trois, la répudiation ne pourra avoir lieu que par un; le mari sera tenu néanmoins de prêter serment qu'il n'a pas prononcé de répudiation plus étendue.

(1) Texte, p. 39.

Si les témoins déposaient de deux faits différents, leur déclaration serait insuffisante et la répudiation ne serait pas encourue. On n'aurait même pas besoin, dans ce cas, d'imposer le serment au mari.

Mais si le fait de la répudiation était constant et que les témoins ne se rappelassent pas de quelle femme il était question, le mari serait appelé à déclarer par serment qu'il n'a répudié aucune de ses femmes.

Enfin, si trois témoins attestent que le mari a répudié sa femme, mais que chacun d'eux indique une condition différente, le mari devra, à cause de la présomption résultant de ce que les témoins sont plus de deux, le mari, disons-nous, devra nier par serment les faits allégués par chacun des témoins, sinon la répudiation aura lieu par trois (1).

---

## CHAPITRE XIV.

### SERMENTS ILA, DIHAR, LA'AN.

---

SOMMAIRE.

369. Réunion, sous le même chapitre, des trois serments : ila, dihar et la'an.
370. Section Ire. Serment ila ou de continence. — En quoi il consiste.
371. Division.
372. Le caractère de ce serment est tout entier dans l'injure faite à la femme.
373. Tout mari peut le prononcer. — Divergence en ce qui touche l'impuissant et le malade. — Infidèle.
374. Il est valablement fait à toute femme mariée. — S'rira, malade, aliénée, en eudda, etc.
375. Formules employées. — Je jure par Dieu.
376. Le serment est pur et simple ou conditionnel. — Dispositions spéciales.
377. Délai. — époques à partir desquelles il court. — Divergence entre les auteurs sur un cas donné.

(1) Texte, p. 39.

**369.** Nous réunissons, sous ce même chapitre, les trois serments ila, dihar et la'an, parce qu'ils constituent le complément nécessaire des deux chapitres qui précèdent, relatifs, l'un au divorce, l'autre à la répudiation.

## SECTION I^re.

### DU SERMENT ILA OU DE CONTINENCE.

**270.** Le serment ila ou de continence (1) est prévu par le Koran : « Ceux qui font vœu de s'abstenir auront un délai de quatre mois pour réfléchir afin de ne pas se séparer d'elles inconsidérément. Si pendant ce temps ils reviennent à elles, Dieu est indulgent et miséricordieux. »

**271.** Quel est le caractère de ce serment ? Qui peut le prononcer ? Vis-à-vis de qui ? Quelles sont les formules employées ? Le délai imparti ? Les effets juridiques qu'il produit ? C'est ce que nous allons parcourir succinctement.

**272.** Le caractère du serment ila réside tout entier dans l'outrage fait à la femme, dans l'atteinte portée à sa dignité d'épouse et, par suite, dans le préjudice moral qui lui est causé ; aussi ce serment peut-il être valablement prononcé contre des femmes à l'égard desquelles le mari n'a ou ne peut avoir aucun rapport intime, telles sont la femme impubère, la femme en eudda, la femme âgée, etc.

**273.** Tout mari peut faire le serment de continence s'il remplit les conditions voulues, dit sidi Khalil (2), c'est-à-dire s'il est musulman, majeur et dans la plénitude de ses droits et de ses facultés (3). D'où il suit que l'infidèle, l'impubère, l'aliéné, l'impuissant et le malade sont incapables de s'engager par un pareil serment. Cependant Echeheb et la Teoudiha reconnaissent à l'impuissant la capacité de le prononcer (4). Quelques auteurs admettent la validité du serment prêté par le malade lorsqu'il est constaté que ce serment a eu pour effet de nuire à la femme (5), et, quant à l'infidèle, il ne peut jamais demander à être admis au bénéfice de la loi. « N'est pas valable, porte le texte de sidi Khalil (6), le serment d'un infidèle, même s'il a depuis embrassé l'islamisme. »

(1) Koran Sourate, II, v. 226.
(2) Texte, p. 40.
(3) Bourdens Lasalle, trad. de Mohammed Assem et el Téoudi, ch. XIV.
(4, 5) Bourdens Lasalle, traduction de Mohammed Assem et el Téoudi, ch. XIV.
(6) Texte, p. 40.

**874.** Le serment peut-être valablement fait à toute femme mariée, qu'elle ait ou non consommé le mariage, qu'elle soit malade, atteinte d'aliénation, en eudda, ou même qu'elle ait atteint un âge qui ne lui permette pas de devenir enceinte. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point ; ils le sont aussi en ce qui concerne la femme nourrice ; ils disent : Le serment sera valable s'il a été prononcé pour nuire à la femme ; mais si le mari n'a eu en vue que l'intérêt du nourrisson, le serment sera non avenu, il ne produira aucun effet (1).

**875.** Le serment est prêté au moyen des formules dont la plus usitée est : « Je jure par Dieu que je n'aurai pas de relations avec toi pendant plus de quatre mois. »

Les auteurs ont fait à propos des formules des distinctions que sidi Khalil reproduit en partie dans son texte ; il indique en effet (2) les formules qui engagent le mari, celles qui ne produisent aucun effet, et celles enfin qui divisent les jurisconsultes ; nous croyons inutile de reproduire ici ces distinctions, nous dirons seulement :

1° Que la formule doit contenir serment au nom de Dieu, ou de l'un des attributs de la Divinité (3) ;

2° Qu'elle doit spécifier l'engagement formel ou implicite du mari de ne pas avoir de relations conjugales avec sa femme pendant les délais ci-après fixés ;

3° Que la formule du serment ila peut être également employée pour la répudiation à terme, et qu'il y a lieu alors de rechercher quelle a été l'intention du mari en la prononçant et de statuer suivant cette intention. C'est ce que déclarent l'Hedaya en termes formels (4), et le texte de sidi Khalil portant (5) : « Si le mari s'est exprimé en ces termes : Si je cohabite avec toi dans les quatre mois, tu es répudiée ; le serment n'aura d'effet qu'autant que le mari était, lorsqu'il l'a prononcé, dans l'intention de reprendre sa femme. »

4° Que la formule doit être absolue (6), en ce sens que si le

(1) Notamment Abdel Baqui et el Karchi.
(2) Texte, p. 40-41.
(3) Texte, p. 40.
(4) T. I, p. 314.
(5) Texte, p. 41.
(6) Hedaya, t. I, p. 311.

mari avait dit par exemple : Je jure que je n'aurai pas de rapports avec toi dans tel lieu, ce serment n'interdirait pas au mari d'en avoir dans un lieu différent, et resterait, par suite, sans valeur au point de vue de la continence et de l'injure faite à la femme.

**376.** Le serment est pur et simple ou conditionnel. Nous renvoyons aux nos 352 et suivants, sous lesquels nous avons indiqué l'effet des conditions et la valeur des formules employées; mais nous croyons devoir signaler, d'après les jurisconsultes (1), deux dispositions spéciales au serment de continence. D'après l'une, si le mari qui a deux femmes emploie cette formule : Je jure que lorsque j'aurai des rapports avec l'une de vous, je répudierai l'autre, et qu'il refuse toute cohabition avec les deux, après le délai de continence, le kadi prononcera la répudiation contre l'une d'elles, par la voie du sort.

La seconde disposition est relative au serment restrictif, celui par exemple où un mari dirait : Je jure de m'abstenir de toi, si telle est la volonté de Dieu. Malek pense que c'est là un serment dont le mari peut se délier en se soumettant à une expiation. D'autres jurisconsultes considèrent ce serment comme radicalement nul, puisqu'il est soumis à une volonté qu'on ne connaît pas. Enfin une troisième opinion soutient que la condition étant nulle, le serment reste pur et simple et doit produire les mêmes effets que s'il n'avait été soumis à aucune condition. Il y a donc divergence.

**377.** Le délai, déterminé par le Koran lui-même, est de quatre mois pour les hommes libres et de deux mois pour les esclaves. Si donc le mari fait un serment de continence pour une période de temps inférieure à deux ou quatre mois, le serment sera sans valeur et ne produira aucun effet. Si, au contraire, le serment est prononcé sans fixation de délai ou pour un délai excédant le terme légal, le kadi, sur la plainte que lui portera la femme, avertira le mari que son serment est ramené à ce terme.

Le délai ainsi fixé court, savoir : si le serment est pur et simple, du jour de la prononciation; s'il est conditionnel, de l'accomplissement de la condition ; s'il est fixé par le kadi, du jour de l'avertissement par lui donné.

(1) Teouli, el Karchi, sidi Khalil.

Et si la formule employée est celle-ci : « Je jure par Dieu que « je n'aurai pas de relations avec toi jusqu'à ce que Zeif arrive, « ou que tel événement s'accomplisse ?

Il y a divergence entre les auteurs ; les uns, tels que Ebnou-Arfa, Mohammed Assem, el Téoudi (1) et le Moudaouana, enseignent que dans cette hypothèse le délai court de la prononciation du serment ; les autres, parmi lesquels il convient de citer Ebenou Hadjeb, sidi Khalil et le cheik Madjoura, pensent que le délai ne doit compter que du jour où intervient le kadi. Il en est ainsi, porte le texte, chaque fois que le délai fixé par le mari est plus long que celui déterminé par la loi et que l'inobservation du serment entraîne parjure (2).

**278.** Voilà le serment prononcé ; quels en sont les effets ?

Il y a lieu de distinguer. Le mari s'est-il dégagé de son serment? Il n'est plus soumis qu'à une peine expiatoire. A-t-il au contraire rempli son serment, s'est-il abstenu pendant les délais légaux ? Il sera considéré comme séparé de sa femme et la présomption de paternité sera suspendue à son égard pendant toute la durée de l'abstinence (ci-après n° 414). De son côté, la femme pourra à sa volonté demander le divorce ou consentir au maintien de l'union.

**279.** Le mari peut être délié de son serment de continence lorsqu'il a repris ses relations conjugales après s'être soumis à l'expiation prononcée par le Koran (3).

« L'expiation sera la nourriture de dix pauvres, nourriture de « qualité moyenne et telle que vous la donnez à vos familles, ou « bien en vêtements, ou bien en l'affranchissement d'un esclave. « Celui qui sera hors d'état de satisfaire à cette peine jeûnera « trois jours. »

Ajoutons que le mari est dégagé de son expiation toutes les fois que par des circonstances étrangères il se trouve dans l'impossibilité matérielle d'y satisfaire, par exemple lorsque l'esclave qu'il devait affranchir s'est enfui, que l'animal qu'il s'était engagé d'immoler lui a été volé ou qu'il a disparu ; mais si cet esclave ou cet animal, porte le texte (4), fait retour au mari par tout

(1) Traduction de Bourdens Lasalle, ch. XIV.
(2) Texte, p. 41.
(3) Sourate V, v. 91.
(4) Texte, p. 41.

autre moyen que par succession, il sera tenu d'accomplir son serment.

**380.** Quant au droit de la femme, il est constaté par sidi Khalil en ces termes (1) :

« Si le mari n'a pas recours au rachat par l'expiation, la femme « a le droit, pourvu que la cohabitation soit possible, de demander le retour des relations conjugales même avec un homme « atteint d'aliénation mentale. En cas de refus, on prononce le « divorce. » Le kadi ordonnera le divorce par consentement mutuel, et si le mari n'y consent pas, il prononcera le divorce judiciaire.

La seconde alternative laissée à la femme est également confirmée par le *Précis de jurisprudence* (2).

« La femme demeurera avec son mari si elle y consent, après la répudiation, bien que le retour n'ait pas eu lieu. »

Le divorce est redjaï, ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le remarquer (3). Mouradja d'Ohsson enseigne cependant qu'il était baïn. « Le serment, dit-il (4), opère l'effet d'une répudiation parfaite. Pour que les parties puissent se réunir, il faut leur consentement réciproque et le renouvellement de leur mariage. »

**381.** Le divorce ne peut donc être prononcé que sur la demande de la femme. Cette demande ne suffit même pas pour que le kadi soit tenu de dissoudre le mariage dans deux cas déterminés. Ces deux cas sont relatifs, l'un à l'absence, l'autre à la maladie ou à l'emprisonnement du mari.

Dans le cas où le mari quitterait le domicile conjugal après avoir prononcé le serment de continence et qu'il irait s'établir à une distance, même de plus de deux mois, le kadi, avant d'autoriser le divorce, est obligé de le faire prévenir lorsque le délai sera expiré, et il ne donnera suite à la demande de la femme qu'après avoir reçu des nouvelles du mari ou acquis la certitude qu'il ne veut pas se racheter de son serment.

Le mari est-il malade ou en prison ? La promesse de reprendre ses relations avec sa femme lorsque l'empêchement aura cessé,

(1) Texte, p. 41.
(2) Texte, p. 42, Perron, t. III, p. 18.
(3) Ci-dessus, n° 356.
(4) T. V, p. 216.

sera acceptée, l'effet du serment de continence sera suspendu et le divorce ne pourra être prononcé que lorsqu'il sera constaté que le mari a manqué à ses engagements, qu'il s'est soustrait à la promesse qu'il avait faite.

**382.** Quant aux modes de preuve, la loi les autorise tous. Notons toutefois que le mari est cru lorsqu'il affirme qu'il a repris ses rapports avec sa femme et que celle-ci n'est pas admise à faire la preuve contraire.

## SECTION II.

### DU SERMENT DIHAR OU DES ASSIMILATIONS INJURIEUSES.

**383.** Le serment dihar, mot à mot serment dorsal, serment du dos, entraînait, dans les tribus arabes, la répudiation définitive. Ce serment a été conservé par le Prophète (1) : « Ceux d'entre vous qui répudient leurs femmes, en disant qu'ils les regardent comme leurs mères, professent une parole blâmable et une fausseté ; » mais il lui a enlevé son caractère primitif, et les habitudes paraissaient sur ce point tellement enracinées, que Mahomet crut, pour les modifier, devoir faire appel à la révélation. Kazimirski nous apprend dans quelles conditions a été édicté le verset que nous venons de transcrire.

Khaula, fille de Talaba, dit-il, femme d'un Arabe nommé Aus ebn es Samat, fut répudiée par son mari avec cette formule : « Que ton dos soit désormais pour moi comme le dos de ma mère, » formule qui entraînait une séparation perpétuelle, et après laquelle on ne pouvait plus reprendre la femme répudiée. Elle vint trouver Mahomet et lui demanda s'il ne lui était plus permis de rester avec son mari, qui, malgré la répudiation, ne la forçait pas à quitter la maison. Sur les observations de Mahomet, que la formule en question impliquait une séparation complète et définitive, la femme désespérée, car elle avait des enfants en bas âge, se retira et se plaignit à Dieu de son sort. Mahomet revint sur sa décision, et, s'autorisant de la révélation contenue dans les versets 1, 2, 3 et 4, il autorisa la femme à rester avec son mari.

(1) Sourate LVIII, v. 2.

Sidi Khalil a donné du serment dihar une définition exacte (1) : « C'est la comparaison faite par un mari musulman, pubère et doué de raison, entre la personne de sa femme légitime et le dos ou toute autre partie du corps d'une femme avec laquelle il ne peut se marier. » El Touédi est plus concis, mais moins exact, lorsqu'il dit : « Le serment dihar consiste dans ces paroles dites par un mari à sa femme : « Tu es pour moi comme le dos de ma mère (2). »

**284.** Pour le serment dihar, comme pour le serment ila, le mari ne peut le prononcer valablement qu'autant qu'il est musulman, majeur et doué de toute sa raison.

L'infidèle converti est assimilé au musulman ; quant à l'impuissant, il y a divergence entre les auteurs. Ebnou Hardjeb, Ebnou Arfa, Ebnou Abd es Selam soutiennent que le mari frappé d'impuissance a la capacité suffisante pour prononcer l'assimilation injurieuse; Mohammed Assem, el Téoudi et Sahnoum sont d'une opinion contraire. « Il n'y a pas, dit Mohammed Assem, de serment dihar pour l'impuissant (3). »

**285.** L'assimilation injurieuse n'est valable qu'en tant qu'elle est prononcée par un mari contre la femme avec laquelle il a consommé le mariage (4); mais dès que cette consommation a eu lieu, l'assimilation produit effet, quoique la femme ait été précédemment répudiée par un ou par deux, qu'elle soit atteinte de stérilité ou de vices rédhibitoires (5).

**286.** Le serment dihar est pur et simple ou conditionnel. Quoique prononcé sous condition, il produit un effet immédiat lorsque la condition doit être nécessairement remplie (6); si le mari disait, par exemple : « S'il pleut cette année, tu seras pour moi comme le dos de ma mère. »

Dans tout autre cas, l'assimilation injurieuse n'est encourue que lorsque la condition est accomplie ; et le mari ne peut même s'y soustraire par une expiation prématurée. On s'est demandé, à ce sujet, quelle devait être la conséquence d'un serment dihar

(1) Texte, p. 42.
(2) Traduction de Bourdens Lasalle, ch. XIV.
(3) Traduction de Bourdens Lasalle, ch. XIV.
(4) Echbach, *Droit musulman.*
(5) Texte, p. 42.
(6) Texte, p. 42.

qui porterait : « Si je ne prends pas une seconde femme, tu seras pour moi... » Et sidi Khalil répond (1) : « Ce serment atteindra le mari lorsqu'il n'aura plus d'espoir de se marier une seconde fois et lorsqu'il n'en aura plus l'intention. »

**337.** L'assimilation injurieuse est généralement prononcée par la formule que nous avons déjà indiquée : « Tu es pour moi comme le dos de ma mère, » mais cette formule n'est pas sacramentelle. Sidi Khalil, dans la définition qu'il a donnée et que nous avons rapportée indique, en effet, que le mari a la faculté de prendre pour point de comparaison toute autre partie du corps et toute autre personne que sa mère, pourvu toutefois qu'il ne puisse pas contracter mariage avec cette personne, telle que sa fille, sa sœur, un homme, etc., et il signale dans la suite de son texte quelques formules proposées par les jurisconsultes et qui ont donné lieu à des divergences d'opinion (2).

Le serment dihar ne constitue pas, par lui seul, une répudiation, mais s'il résultait des circonstances qu'en le prononçant le mari a eu l'intention formelle de répudier sa femme, la répudiation serait encourue conformément aux principes admis en cette matière (3). Et c'est en effet là ce qu'a décidé la Cour d'Alger, notamment dans un arrêt du 19 décembre 1865.

**338.** Le serment dihar entraînait sous les anciennes coutumes arabes, la répudiation définitive de la femme, mais depuis l'islamisme il est considéré comme simplement injurieux pour l'épouse (4), comme portant atteinte à la légitimité de son union, et ses effets se bornent à interdire entre les époux toutes relations conjugales jusqu'à ce que le mari se soit soumis à une peine expiatoire (5), c'est-à-dire qu'il ait affranchi un esclave, jeûné pendant soixante jours ou donné de la nourriture à soixante pauvres. C'est la règle impérative formulée dans le Koran : « Ceux « qui se séparent de leurs femmes par le serment dihar et revien- « nent ensuite sur leur parole affranchiront un esclave avant qu'il « y ait une nouvelle cohabitation. — Celui qui ne trouvera point de « captif à racheter, jeûnera durant deux mois de suite, et s'il ne

(1) Texte, p 42.
(2) Texte, p. 43.
(3) Ci-dessus, n° 336.
(4) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 235; Mahi Eddin et Aïssa ben Djaber, p. 65.
(5) Texte, p. 43.

« peut supporter ce jeûne, il nourrira soixante pauvres (1). »

La femme a le devoir de se refuser à son mari jusqu'à ce que l'expiation ait été accomplie, et elle peut même être autorisée à quitter le domicile conjugal si elle craint des violences de la part de son mari.

Si le mari reste plus de quatre mois sans racheter son serment, la femme acquiert le droit de demander son divorce.

**389.** Et si le mari a plusieurs femmes et qu'il ait prononcé le serment dihar contre toutes, devra-t-il se soumettre à autant d'expiations qu'il a d'épouses, ou, au moins, à un nombre d'expiations égal à celui de ses femmes présentes au serment? Non. Le texte de sidi Khalil est formel : « Le mari n'aura à subir qu'une seule expiation lorsqu'il aura prononcé contre ses femmes une seule assimilation (2). »

Et il en est de même pour le cas où le mari aurait employé plusieurs fois la formule du serment vis-à-vis de sa femme, et pour celui où le serment aurait été soumis à plusieurs conditions, bien qu'elles aient été toutes remplies; une seule expiation suffira.

Mais s'il résultait des circonstances que le mari, en prononçant la formule plusieurs fois en présence de plusieurs de ses femmes, ou en soumettant le serment à des conditions multiples, a eu l'intention de se soumettre à plusieurs expiations, il sera tenu de les accomplir toutes.

Et à cette occasion, on s'est demandé si le mari devait, pour pouvoir reprendre ses relations conjugales, satisfaire d'abord à toutes les expiations qu'il avait encourues. Les jurisconsultes paraissent d'abord avoir adopté l'affirmative; mais l'opinion contraire soutenue par Ibn Jounès a prévalu (3).

**390.** Le serment dihar est donc annulé par l'expiation. Il devient également nul s'il est suivi d'une répudiation parfaite ou par trois, et ce, quoique le serment ait été soumis à une condition, et que cette condition n'ait pas été remplie avant l'emploi de la formule répudiaire.

Et si la formule du serment et celle de la répudiation sont pro-

(1) Sourate LVIII, v. 4 et 5.
(2) Texte, p. 43.
(3) El Karchi, Cheik et Tsouli.

noncées l'une après l'autre? Au point de vue civil, la question n'a aucun intérêt, puisque la répudiation l'emporte sur l'assimilation injurieuse, que ses effets juridiques sont plus étendus. Mais au point de vue religieux, les jurisconsultes font la distinction suivante : La formule a précédé ou suivi celle de la répudiation. —Dans le premier cas, ils disent que la peine est encourue, et dans le second, que le serment est sans valeur, et que le mari n'est pas tenu à une expiation (1).

## SECTION III.

### DU SERMENT LA'AN OU ANATHÈME.

**291.** Le mari qui accuse sa femme d'adultère doit prononcer contre elle l'anathème ou serment la'an; si la femme proteste de son innocence, elle prononce le même serment, et l'anathème devient réciproque.

**292.** Pour prononcer valablement l'anathème, le mari doit être musulman, marié, majeur, et jouir de ses facultés (2).

*Musulman*. La loi des anathèmes ne s'applique pas aux infidèles (3).

*Marié*. Le mariage n'a pas besoin d'être consommé; mais il faut qu'il ait été valablement conclu.

*Majeur*. Ce qui exclut de l'exercice de ce droit les s'rir et les safih.

*Jouir de ses facultés*. Les insensés ne peuvent donc pas porter l'accusation d'anathème.

Tous les rites sont d'accord sur les conditions; mais ils diffèrent sur d'autres points. Ainsi, les Chaféites (4) accordent au muet le droit de prononcer le serment la'an ; les Malékites l'étendent à l'esclave, à l'homme de mœurs dissolues et à celui dont le mariage est annulable (5); les Hanafites (6), au contraire, le refusent dans tous ces cas.

(1) Texte, p. 43.
(2) Hedaya, t. I, p. 346.
(3) Texte, p. 44.
(4) Hedaya. t. I, p. 351.
(5) Texte, p. 44.
(6) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 226; Hedaya, t. I, p. 351.

**293.** Les rites diffèrent également sur les conditions que doit remplir la femme pour être soumise à l'anathème. Les Hanafites exigent qu'elle soit musulmane. Sidi Khalil autorise l'accusation contre les femmes tributaires.

Les sectateurs de Abou Hanifa veulent de plus que la femme ait été jusque-là d'une conduite irréprochable, qu'elle ait joui d'une réputation intacte; les Malékites et les Chaféites pensent que cette condition n'est point nécessaire, et ils enseignent que l'homme peut prononcer l'anathème contre toute femme qui lui est unie par le mariage.

La femme que les rites déclarent sujette à l'anathème peut aussi le prononcer.

**294.** L'accusation d'adultère est entourée de garanties; il faut, porte le texte de sidi Khalil (1), *qu'il y ait des preuves certaines lorsque le mari est aveugle, et qu'il ait vu l'adultère se commettre s'il n'est pas atteint de cécité.*

Par preuves certaines, les commentateurs entendent celles qui résultent de l'ouïe ou du toucher. D'où la conséquence que l'adultère ne donne lieu à anathème que lorsqu'il a été commis en présence du mari, et que celui-ci serait non recevable à le prononcer s'il se bornait à soutenir que le fait pour lequel il entend porter son accusation s'est accompli pendant qu'il était absent, ou encore qu'il lui a été certifié par la notoriété publique ou par des déclarations de témoins, quelque nombreuses et quelque dignes de foi qu'elles fussent d'ailleurs.

Il n'y a d'exception que pour le cas où la femme reconnaît le fait qui lui est reproché. « Lorsque, dit sidi Khalil, la femme « acceptera comme vraie l'accusation, et que le mari n'aura pas « des preuves, qu'il n'aura rien vu qui puisse confirmer l'accu- « sation....., il pourra néanmoins prononcer l'anathème. »

**295.** De plus, le mari, avant de procéder à son accusation, doit faire attester l'adultère par quatre témoins, conformément aux principes du Koran (2) : « Si vos femmes commettent l'action infâme, appelez quatre témoins. » Et cette condition est si impérative que sidi Khalil nous apprend dans son texte que, si le mari

(1) Texte, p. 44.
(2) Sourate IV, v. 19.

et trois témoins attestent l'adultère, et que le mari prononce l'anathème, les trois témoins seront punis des peines édictées pour les injures publiques, à moins bien entendu que la femme n'avoue le fait ou refuse de se soumettre aux cinq serments successifs prescrits par la loi.

**396.** Enfin, les formes dans lesquelles l'anathème est prescrit, les exhortations qui le précèdent, la solennité qui l'accompagne, la présence du magistrat ou du chef religieux qui y préside, sont autant de moyens destinés à empêcher une accusation téméraire de se produire.

Le mari qui veut prononcer l'anathème doit s'adresser au kadi (1); celui-ci fait une enquête rapide et autorise, si les conditions de validité sont remplies, à prêter le serment dans les formes prescrites. Ces formes sont indiquées dans le Koran (2).

« Ceux qui accusent leurs femmes et qui n'auront d'autres té-
« moins à produire qu'eux-mêmes jureront quatre fois devant Dieu
« qu'ils disent la vérité.

« Et la cinquième fois pour invoquer la malédiction de Dieu,
« s'ils ont menti.

« On n'infligera aucune peine à la femme si elle jure quatre
« fois devant Dieu que son mari a menti.

« Et la cinquième fois en invoquant la colère de Dieu sur elle,
« si ce que son mari a avancé est vrai. »

Les époux sont donc mis en présence et ils prêtent serment l'un et l'autre, et Sidi Khalil nous apprend : que « les mots je jure, anathème, colère, malédiction, sont nécessaires (3). » Ce qui indique qu'en cette matière la loi exige l'emploi d'expressions sacramentelles, à la différence de ce qui a lieu pour la répudiation, le serment (ila) ou le serment dihar; que l'anathème doit avoir lieu dans l'endroit le plus respectable du pays, en présence de quatre témoins, pour assurer à cet acte la plus grande publicité; qu'il est recommandé de faire précéder cet acte d'une prière, car il est d'une importance extrême et la loi a voulu en garantir la sincérité en lui donnant un caractère religieux.

De plus (4) l'imam ou le dépositaire de l'autorité est chargé de

(1) Hedaya, t. I, p. 348.
(2) Sourate XXIV, v. 6, 7, 8, 9.
(3) Texte, p. 44.
(4) Mohammed Assem et el Téoudi, traduction de Bourdens Lasalle, ch XV.

parler aux époux » avant qu'ils ne prononcent l'anathème l'un contre l'autre, de les engager à éviter le scandale et de renouveler ses exhortations avant le cinquième serment, en les avertissant que la peine de l'anathème sera encourue à la suite de ce serment.

En ce qui concerne les femmes non musulmanes, elles doivent, d'après les Malékites et les Chaféites faire les serments prescrits, en présence de leurs maris, dans l'église si elles sont chrétiennes, et dans les synagogues si elles sont juives.

**397.** L'anathème produit plusieurs effets.

Nous ne nous occuperons ici que de ceux relatifs à la dissolution du mariage.

Le refus par un des époux de prononcer l'anathème dans les formes que nous venons d'indiquer entraîne, s'il vient du mari, la nullité de l'accusation et le droit pour la femme de demander le divorce (ci-après n° 399); s'il émane de la femme, la justification des faits énoncés et la dissolution immédiate du mariage.

Et si le mari et la femme ont prêté tous les deux les cinq serments prescrits, la dissolution de l'union conjugale aura également lieu sans délai.

Il n'y a entre l'hypothèse du refus par la femme de prononcer l'anathème et celle où l'anathème est porté par les deux époux, qu'une seule différence; dans le premier cas la femme est soumise à un châtiment qui consiste en cent coups de fouet (1), tandis que dans le second la séparation a lieu sans punition.

Mais la dissolution du mariage, en d'autres termes, l'anathème, a-t-il besoin pour produire effet de l'intervention du kadi, d'une décision judiciaire ?

Le rite Hanafite est formel. « Le double anathème dit Mouradja d'Ohsson (2), lancé par les conjoints, opère à l'instant même leur séparation, que le magistrat doit toujours confirmer par acte juridique. » Les Malékites adoptent la même opinion (3) et la justifient par ce hadits du Prophète : Un nommé Edjétini et sa femme ayant prononcé tous les deux le serment la'an se rendirent près du Prophète, qui leur dit :

(1) Koran Sourate, XXIV, v. 2. La punition n'a cependant pas toujours lieu. V. texte, p. 44 et 45.
(2) T. V, p. 226.
(3) Mohammed Assem, *Traité du mariage*, ch. XV.

« Levez-vous, je vous ai séparés. »

Mohammed Assem a donc pu fomuler la loi en ces termes : « La séparation a lieu par jugement du kadi »

Cette séparation est plus complète, plus absolue que celle qui résulterait du divorce ou de la répudiation; elle empêche que les époux puissent jamais se réunir, se reprendre pour mari et femme. « L'effet de l'anathème, dit sidi Khalil (1), est de prohiber à jamais la femme à son mari. » Cette doctrine, fondée sur le hadits du Prophète : « Ceux qui prononcent l'anathème ne peuvent pas se réunir de nouveau, » enseignée par les auteurs Malékites (2) et Chaféites (3), a été combattue par l'imam Bou Hanifa. Il a dit (4) que le hadits devait s'entendre en ce sens que les époux ne pouvaient reprendre la vie conjugale tant que l'anathème restait sur eux, mais que lorsque l'anathème était levé, lorsque le mari se rétractait, la prohibition disparaissait et les époux pouvaient s'unir par un nouveau et subséquent mariage. Un des successeurs de Bou Hanifa, l'imam ben Youssef, s'est rangé à l'opinion des Malékites et des Chaféites; néanmoins le rite hanafite a suivi la règle tracée par son auteur. Ibrahim dit en effet (5) : « En cas de séparation à la « suite de double anathème, les parties ne peuvent plus se revoir « que lorsque le mari a formellement rétracté son accusation et « subi la peine prononcée pour les injures. »

**298.** Au surplus, les formalités que nous venons d'exposer ne sont pas obligatoires pour amener la dissolution du mariage; l'anathème, avec ses cinq serments successifs, peut être remplacé par une simple déclaration d'adultère faite par le mari devant le kadi, suivie de l'aveu de la femme.

Le kadi de Bône l'a ainsi jugé par décision du 17 septembre 1862, portant :

« Ahmed el Youssef ben Chebi s'est présenté devant le kadi et ses adouls avec sa femme Zohra; il a déclaré qu'il avait trouvé sa dite femme en flagrant délit d'adultère avec le nommé Sadok, et a ajouté que le fait était avoué. — Le demandeur dit que c'est une

(1) Texte, p. 45.
(2) Notamment Mahi Eddin et Aïssa ben Djaber, p. 65.
(3) Abou Chodja, p. 45.
(4) Hedaya, t. I, p. 349.
(5) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 227.

honte pour lui, qu'il est en butte à des mauvais propos de la part des habitants de la contrée, et demande au kadi de juger. — La femme reconnaît sa faute, et le kadi, après avoir entendu leurs dires, déclare qu'il ne peut juger d'après la loi musulmane, parce que cette loi ordonne qu'on creuse une fosse, qu'on y enferme la femme coupable et qu'on la lapide, et que cette partie de la loi n'est plus applicable. — Mais il condamne la femme à rembourser au mari tout ce qu'elle a reçu en dot, parce qu'elle avait de graves torts envers lui, et dit que la femme doit être répudiée, ce qui a eu lieu sur-le-champ. »

**399.** Mais lorsque le mari porte une fausse accusation, lorsqu'il n'en établit pas le bien fondé, la femme peut se considérer comme gravement injuriée et demander de ce chef le divorce contre son mari.

C'est là, en effet, ce qu'a admis la jurisprudence dans les deux décisions suivantes :

Yahia ben Mohammed accusa sa femme d'adultère; celle-ci nia énergiquement et demanda à son mari de fournir des preuves à l'appui de ses allégations; Yahia ne le put pas, et pour échapper à l'action dirigée par sa femme, il déclara qu'il n'avait point formulé d'accusation, qu'il avait simplement émis un doute; mais des témoins l'avaient entendu, ils en déposèrent devant le kadi de Tenès, et ce magistrat rendit, le 9 mars 1865, le jugement suivant :

« Le fait de l'accusation ayant été prouvé, le mariage de Yahia « ben Mohammed et de Fathma est annulé, conformément à la loi « musulmane et au texte de sidi Khalil : quand le mari accuse « sa femme, celle-ci lui est défendue à tout jamais. »

L'autre décision est plus récente; elle émane du kadi de la 13e circonscription judiciaire d'Alger et porte la date du 17 juillet 1870.

Khalfat ben Mohammed avait contracté mariage, dans le commencement de l'année 1870, avec Zobeïda bent Kassem; il avait été stipulé pour conditions : 1° que la femme serait vierge; 2° que le mari payerait 190 francs. — La dot fut versée, la célébration du mariage eut lieu, et, le lendemain, Khalfa se plaignit que sa femme n'avait plus sa virginité, et quelques jours après il de-

manda la nullité de son mariage, fondée sur ce que les conditions insérées dans le contrat n'avaient pas été remplies.

La femme protesta contre les allégations de son mari ; elle soutint qu'elles étaient fausses, injurieuses pour elle, et, à la demande en nullité du mariage, elle répondit par une demande en divorce. — Le mari ne put pas justifier son accusation, et le divorce fut prononcé en faveur de la femme.

Cette dernière décision, frappée d'appel par le mari, a été confirmée par arrêt de la Cour d'Alger du 13 février 1871.

**400.** L'anathème, avec ses cinq serments successifs, se prouve par le jugement que rend le kadi. — Quant à la simple accusation d'adultère, telle que la jurisprudence algérienne l'admet, elle peut être prouvée par tous les moyens que la loi autorise, notamment par des déclarations de témoins ; mais, dans ce cas spécial, il nous paraît utile de rappeler que les témoins doivent être au nombre de quatre, suivant une disposition du Koran.

---

## CHAPITRE XV.

### DE LA PATERNITÉ, DE LA FILIATION, DE LA RECONNAISSANCE DE PARENTÉ ET DE LA PARENTÉ DE LAIT.

---

SOMMAIRE.

401. Division du chapitre.
402. Section 1re. L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.
403. Force de cette présomption légale.
404. Elle n'existe que lorsqu'il y a eu mariage célébré.
405. Nécessité de déterminer la durée de la gestation.
406. La durée la plus courte est de six mois. — Koran. — Jurisprudence.
407. Divergence entre les rites pour la durée la plus longue. — Avis du conseil de jurisprudence.
408. Jurisprudence de la cour d'Alger.
409. Droit pour le mari de désavouer l'enfant : 1° lorsqu'il est né moins de six mois après le mariage.
410. 2° Ou plus de dix mois après sa dissolution.

**401.** Nous nous occuperons successivement sous ce chapitre : 1° de la paternité et du désaveu; 2° de l'adoption; 3° de la reconnaissance de parenté; et 4° de la parenté de lait.

## SECTION Ire.

### PATERNITÉ ET FILIATION.

**402.** En droit musulman, comme en droit français, comme sous toutes les législations des peuples civilisés, « l'enfant conçu « pendant le mariage a pour père le mari (1). »

(1) Texte, p. 45; ci-après, n° 418.

**403.** Et la présomption légale est si forte qu'elle produit ses effets alors même que les époux déclareraient tous les deux que la paternité d'un enfant né pendant leur union doit être attribuée à un étranger. « En cas de désaveu de la part des deux époux, dit sidi Khalil, la paternité sera attribuée au mari. »

**404.** Mais cette présomption n'existe qu'autant qu'il y a eu mariage légalement contracté. Aussi le kadi malékite d'Alger a-t-il, par jugement du 13 septembre 1863, confirmé par arrêt du 24 décembre suivant, repoussé une demande en déclaration de paternité en se fondant « sur ce qu'il n'était pas établi que le « demandeur eût jamais été marié avec la mère de l'enfant, et « qu'il résultait, au contraire, des faits de la cause que cet enfant « était le fils de la prostitution, et qu'un enfant de ce genre ne « saurait être réclamé d'une manière légale. »

Le kadi de Mostaganem a également décidé, par jugement du 19 juillet 1864, « que le fait par un homme d'avoir eu des rela- « tions avec une femme ne suffit pas pour entraîner attribution « de paternité, alors que cette femme n'a jamais été mariée à lui « et qu'elle affirme avoir eu des relations avec d'autres hommes. » — Arrêt confirmatif du 1er septembre 1864.

Le kadi de la 9e circonscription judiciaire d'Oran a cru cependant, le 21 juin 1865, pouvoir faire exception en faveur d'un demandeur qui prétendait avoir eu des rapports avec son esclave, l'avoir mise enceinte et l'avoir plus tard affranchie; mais la Cour d'Alger a infirmé cette décision par arrêt du 4 septembre suivant, ainsi conçu :

« Attendu que la paternité de el Sassi ne repose que sur son « affirmation formellement contredite par Embarka, et que les « faits de la cause confirment la déclaration de cette dernière, re- « connue femme libre par le jugement attaqué; qu'il y a lieu dès « lors de repousser la demande de el Sassi et de rendre l'enfant à « l'affection et aux soins de sa mère. »

Le principe qui fait dépendre la présomption légale de la paternité de la célébration du mariage a encore reçu une application dans un jugement du kadi de Tlemcen en date du 30 décembre 1863. Le magistrat appelé à rechercher quels étaient les héritiers d'un indigène musulman, a statué en ces termes : « Attendu que « le contrat de mariage produit constate parfaitement le ma-

« riage de Amouma avec Hadj bou Medine, et que, par suite, la-
« dite dame Amouma et son fils sont les héritiers du défunt et
« ont droit à sa succession, Amouma à titre de veuve, et son fils à
« titre de descendant. »

**405.** Mais la conception a lieu longtemps avant la naissance ; il est donc possible qu'un enfant soit conçu avant le mariage ou que, conçu pendant l'union conjugale, il ne naisse qu'après sa dissolution. De là la nécessité de fixer le terme légal de la gestation, d'indiquer le moment où commence et celui où finit pour le mari la présomption de paternité.

**406.** Le Koran indique. par la comparaison de deux de ses versets, le délai de la gestation la plus courte. Le verset 13 de la sourate XXXI dispose « que l'enfant sera sevré au bout de deux ans, » et le verset 14, sourate XLVI, porte, de son côté, « que la grossesse et l'allaitement jusqu'au sevrage durent trente mois. » En défalquant de ce dernier délai les deux ans ou vingt-quatre mois d'allaitement, fixés par le verset précédent, on constate que la gestation peut légalement ne durer que six mois.

Et c'est là, en effet, l'opinion admise par tous les auteurs des différents rites.

« Il est constant, dit Ibrahim Alepi (1), que le terme le plus
« court de la grossesse est de six mois. »

« Après six mois, dit aussi Abd el Baqui, l'enfant est attribué au mari. »

« Six mois suffisent pour la gestation, porte le Hedaya (2). »

Et cette opinion a été consacrée par une jurisprudence constante, notamment par trois arrêts de la Cour d'Alger, en date des 4 novembre 1865, 27 juin 1866 et 19 juillet 1869, portant, les deux premiers que « la gestation la plus courte est de six mois, » et le troisième, que « l'enfant né plus de six mois après le mariage appartient au mari. »

**407.** Quant au terme le plus long, les rites et les auteurs ne sont point d'accord. Chez les Hanafites, ce terme est fixé à deux ans ; chez les Chaféites à quatre et chez quelques-uns des sectateurs de Malek à cinq. Sidi Khalil rapporte ces deux délais dans

(1) Mouradja d'Ohsson. t. V, p. 251.
(2) T. I, p. 383.

son texte et de nombreux auteurs les soutiennent, notamment Ibn el Kassem, le Moudaouana, Brahim Cheberakhti, Ibn Salamoune et Abd el Baqui Zorkani.

« La femme veuve ou divorcée, dit ce dernier, qui, d'après ce « qu'elle sent en elle, soupçonne qu'elle est enceinte, devra at- « tendre avant de penser à aucune autre alliance matrimoniale, « et devra prolonger cette attente jusqu'à la limite extrême de la « gestation possible. Cette limite extrême est de cinq ou de « quatre ans. Le point a été discuté par les juristes : les uns « soutiennent le premier délai et les autres le second. Quoi qu'il « en soit, si après l'un ou l'autre de ces délais le soupçon de gros- « sesse se fortifie, l'attente doit se prolonger. »

La gestation est donc plus ou moins longue, au dire de ces jurisconsultes, suivant que la femme déclare, après la dissolution du mariage, qu'elle est enceinte. Le Téoudiha ne partage pas cette opinion. « On ne saurait, dit-il, s'arrêter aux affirmations de la « femme en pareille matière, sans quoi on serait exposé à valider « des mariages qui seraient contractés contrairement à toutes les « lois. Aussi repousse-t-il tout délai fixe et s'en remet-il aux « sages-femmes pour statuer. Il ajoute, en effet : D'ailleurs, sans « qu'il soit nécessaire de fixer aucun délai à cet égard, la pater- « nité de l'enfant doit être rattachée au mariage de la femme « avec l'époux auquel elle est attribuée par les matrones. C'est « le parti le plus sage, le plus convenable et le plus utile. »

Ce n'est point là assurément une solution juridique, et nous ne la mentionnons que pour montrer que les auteurs ne s'attachent pas d'une manière absolue au délai de quatre ou cinq ans ; les jurisconsultes modernes, d'après Mouradja d'Ohsson, font même remarquer que les dispositions relatives aux termes de la gestation et au sort des enfants ont été dictées, non par ignorance des lois de la nature, mais par sentiment d'humanité. Suivant eux, les anciens légistes ont voulu par là tempérer l'abus de la répudiation et celui du désaveu des enfants.

Le kadi de Mostaganem, et, après lui, le conseil de jurisprudence musulmane, ont donc pu, sans s'écarter des règles du droit, déclarer que le délai le plus long de la gestation est de dix mois.

Voici le jugement du kadi de Mostaganem ; il porte la date du 8 juin 1867 :



« Le kadi, après avoir examiné l'acte de divorce du 16 août « 1866, déclare que les dires des sages-femmes expertes ne « peuvent être admis et sont nuls, attendu que la grossesse ne « peut dépasser un délai de dix mois, comme il est dit par l'au- « teur Cheikh Abd el Kassem, qui en cela est conforme aux dires « des médecins du siècle. »

L'avis du conseil supérieur en date du 2 janvier 1869 est ainsi conçu :

Le conseil consulté sur le point suivant :

Une femme se dit enceinte au moment du décès de son mari; six mois après elle se démentit et reconnut que le délai légal s'était écoulé sans qu'elle parût avoir conçu, et elle demanda le partage de la succession du défunt, ce qui eut lieu. Neuf mois après le partage et quinze mois après le décès, elle a mis au monde un garçon qu'elle attribue à son mari. Le peut-elle ou non? Réponse : Dieu approuve ce qui est convenable.

Non, elle ne le peut pas. L'enfant ne saurait être attribué au défunt parce que la femme a déclaré, lors du partage de la succession, que la durée légale s'était écoulée et qu'elle n'était point enceinte. Sa rétractation, en dernier lieu, pour attribuer l'enfant au défunt, est sans valeur. Sa déclaration primitive a été annulée par le démenti qu'elle s'est donné à elle-même, et elle ne peut plus y revenir. C'est l'opinion de quelques jurisconsultes sur la matière, opinion qu'il convient d'adopter en considération des faits et des temps.

Certains jurisconsultes sont d'avis que la durée la plus longue de la gestation est de neuf mois et la plus courte de six mois. C'est l'opinion que nous adoptons en cette réponse, après examen et étude des livres de jurisprudence les plus accrédités traitant de la matière.

**408**. Quant à la Cour d'Alger, elle n'a jamais consenti à appliquer d'autres principes que ceux consacrés par les articles 312 et suivants du Code civil.

« Considérant, porte son arrêt du 13 novembre 1861, qu'en vertu des données fournies pour la science il est universellement reconnu aujourd'hui qu'en aucun cas la durée de la grossesse ne saurait s'étendre au delà de dix mois; que c'est là la règle qu'il faut appliquer en droit musulman; »

« Que, pour qu'il pût être décidé autrement, il faudrait que la législation musulmane contînt un texte formel et tellement impératif qu'il imposât silence à la raison et ôtât toute liberté au juge ; »

« Que ce texte n'existe pas dans le Koran, qui est muet sur la question ; que si, dans les nombreux commentaires que le texte sacré a fait naître, on trouve des propositions susceptibles d'inductions contraires, ces propositions ne sont point formulées d'une manière assez précise pour qu'on puisse en faire sortir une règle obligatoire de décision. »

Parmi les autres arrêts, citons encore celui du 1er septembre 1866, ainsi motivé :

« Considérant qu'il appert des termes mêmes de la sentence dont est appel que trois années s'étaient écoulées depuis le décès du premier mari de la dame Halima, lorsque l'enfant, né de cette dernière et revendiqué par Amar ben Kaddour, frère du défunt, comme étant le produit de cette union, a vu le jour ; que cette circonstance doit donc suffire pour que, suivant les données de la science physiologique, dont les principes à cet égard ne sauraient être mis en doute et desquels il résulte que le terme le plus long de la gestation possible est, non de quatre ou cinq ans, mais de trois cents jours seulement, l'enfant en litige doit être considéré comme le fils du deuxième mari ; qu'il doit d'autant plus en être ainsi que, lors de la naissance du susdit enfant, une année entière s'était écoulée depuis le convol de la dame Halima en secondes noces. »

**409.** Puisque la gestatation la plus courte est de six mois, le mari a le droit de désavouer l'enfant qui vient au monde avant l'expiration de ce délai, à compter de la célébration du mariage (1).

Et la jurisprudence a consacré la règle ainsi posée en admettant le mari à désavouer un enfant né après le mariage, savoir : après deux mois (kadi de Mostaganem, jugement du 10 février 1863) ; après 85 jours (kadi de Cherchell, jugement du 13 juillet 1864) ; après quatre mois (kadi de Guelma, 27 février 1867) ; après cinq mois (16e circonscription de Constantine, 1er juin 1864) ; après cinq mois et demi (Constantine, 25 avril 1865).

(1) Texte, p. 45.

Le conseil de jurisprudence a donné en 1868 un avis dans le même sens. Il avait été saisi de la question suivante :

« Lorsqu'une femme devenue veuve se remarie et qu'elle « accouche moins de dix mois après le décès du premier mari et « moins de six après son second mariage, la famille du premier « mari a-t-elle le droit de réclamer l'enfant ? »

Il a répondu :

« Cet enfant, dont la femme accouche moins de six mois après le second mariage, appartient au défunt. L'avis des jurisconsultes (c'était un avis de medjlès) qui a ainsi attribué la paternité au défunt, est bon et accepté. Il ne peut pas être question du second mari parce que son mariage a eu lieu pendant l'eudda de la femme et alors qu'elle était enceinte. »

Cet avis est entièrement conforme à la doctrine hanafite : « Lorsqu'une femme convole en secondes noces, dit Ibrahim Alepi (1), l'enfant qu'elle met au monde dans les six premiers mois de son mariage ne peut appartenir qu'au premier mari.

**410.** Le mari ou sa famille peuvent aussi désavouer l'enfant né plus de dix mois après la dissolution du mariage, puisque ce délai est reconnu pour le terme le plus long de la gestation.

« La paternité, porte un jugement rendu par le kadi de Bône le 6 avril 1863, ne peut pas alors être réclamée par le mari ni lui être imposée. »

« L'enfant né plus de dix mois après la dissolution du mariage n'est pas au mari et ne peut pas lui être attribué, dit un jugement du kadi de Blida du 2 juillet 1870. »

C'est aussi la jurisprudence constante de la Cour d'Alger constatée par ses arrêts des 1er septembre 1866, 19 février 1869, 20 février 1871.

**411.** La loi musulmane autorise le désaveu dans un troisième cas, celui où il y aurait eu impossibilité de cohabiter, que cette impossibilité provienne de la santé des époux, de leur défaut de puberté, de leur impuissance, de leur état de continence justifié par le serment ou de leur éloignement.

**412.** Enfin le désaveu est permis au mari lorsqu'il porte contre sa femme une accusation d'adultère, qu'il prononce contre elle le serment la'an ou l'anathème.

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 252.

**413**. Pour être valable, le désaveu doit être formulé par le mari aussitôt qu'il a connaissance de la grossesse ou de l'accouchement de sa femme et avant toute cohabitation. Le texte de sidi Khalil est formel sur ce point.

« Il n'y a plus lieu à désaveu, dit-il (1), pour le mari qui a « cohabité avec sa femme après qu'il a eu connaissance de son « état de grossesse ou de son accouchement ou qu'il a tardé, sans « motifs acceptables, de désavouer la paternité. » Les motifs acceptables sont laissés à l'appréciation des juges. Quant au retard, il résulte du silence du mari, lorsque ce silence s'est prolongé un jour ou deux suivant les Malékites, et pendant tout le délai de félicitations d'après les Hanafites, c'est-à-dire pendant sept jours (2).

**414**. Le mari n'a même plus ces délais et il est reconnu non recevable dans son désaveu par tous les rites lorsqu'il a prévenu la sage-femme, qu'il l'a envoyé chercher, qu'il a acheté la layette ou préparé les objets dont on se sert à la suite de tout accouchement (3).

**415**. Le désaveu par suite d'adultère ne peut avoir lieu que lorsque les formalités de l'anathème ont été remplies (4). Il ne suffirait donc pas au mari de soutenir qu'il n'a pas eu de rapports avec sa femme alors qu'il habitait avec elle et qu'il n'avait point fait de serment de continence, ou encore que l'enfant ne lui ressemble pas, qu'il n'est pas de ses œuvres. « On ne s'arrêtera pas, porte le texte (5), à l'accusation fondée sur la ressemblance de l'enfant avec une autre personne, même si cet enfant est noir, alors que le père et la mère sont de couleur blanche.

**416**. L'anathème, au surplus, ne fait tomber la présomption légale de paternité qu'autant que la femme n'était pas enceinte au moment où l'adultère s'est produit et qu'il n'y a pas eu entre le mari et la femme de cohabitation assez rapprochée pour que la grossesse puisse être attribuée au mari; c'est la règle posée par les jurisconsultes en ces termes : On n'attribuera pas au mari l'enfant qui viendra au monde à partir de six mois; si l'enfant

(1) Texte, p. 114.
(2) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 255.
(3) Hedaya, t. V, p. 354.
(4) Ci-dessus, n° 91 et suiv.
(5) Texte, p. 14.

arrive avant ce terme, la paternité lui est attribuée, à moins qu'il n'oppose son état de continence. Et plus loin : Pour que le désaveu ait toute sa force, il faut que la cohabitation entre époux ait eu lieu à une époque à laquelle on ne puisse rattacher l'enfant, soit à cause du trop court ou du trop long espace de temps.

« Si le mari prononce l'anathème après avoir constaté l'adultère de sa femme et s'il déclare avoir cohabité avec elle ou ne pas avoir observé la continence, la paternité doit lui être attribuée, dit Malek. »

D'autres jurisconsultes sont du même avis, et soutiennent que cet anathème ne détruit pas la paternité. D'après Ibn Kacem cependant, l'enfant n'est attribué au mari que si l'adultère a été constaté alors que la femme était enceinte.

**417.** Le désaveu, lorsqu'il est fondé sur une des causes énumérées aux nos 407, 408, 409, se forme par une action en justice, portée par le mari ou ses héritiers contre la femme ou le représentant de l'enfant ; cette action est soumise aux conditions ordinaires de procédure, de preuve et de recours devant le juge d'appel.

Mais lorsque le mari désavoue l'enfant dont sa femme est enceinte ou dont elle est accouchée, en se fondant sur l'adultère, le mode de procéder change : ce n'est plus à la citation devant le kadi qu'il faut avoir recours, mais bien à l'anathème et aux cinq serments successifs qui le composent (ci-dessus, n° 396).

**418.** L'enfant, avons-nous dit, qui vient au monde six mois après la célébration du mariage ou dans les dix mois qui suivent sa dissolution, appartient légalement au mari ; mais il se peut que deux maris se trouvent dans les conditions voulues, qu'ils réclament l'un et l'autre la paternité. Exemple :

Khalifa ben Attia était marié à Oum Hani ; il la répudia le 25 mai 1868. Oum Hani accomplit son eudda et se remaria le 26 août suivant avec el Taïeb ; elle accoucha dans le courant du septième mois, le 12 mars 1869, et les deux maris, Khalifa et el Taïeb, revendiquèrent tous les deux la paternité de l'enfant : Khalifa en s'appuyant sur ce que Oum Hani avait accouché moins de dix mois après la répudiatiou, el Taïeb sur ce que l'enfant était né plus de six mois après son mariage. La cause subit un premier degré de juridiction, et fut ensuite portée devant la Cour

d'Alger, qui rendit, le 19 juillet 1869, un arrêt en aveur du second mari. La doctrine de cet arrêt, conforme du reste à l'opinion enseignée par tous les jurisconsultes musulmans, notamment par el Karchi et par Abd el Baqui, établit ainsi qu'en matière de paternité ou de filiation, la première de toutes les règles, celle qui domine les autres et doit être appliquée de préférence, est celle qui considère la gestation de six mois comme suffisante, et qui attribue la paternité au mari toutes les fois que son union remonte au delà de ce délai.

**419.** La filiation légitime s'établit par la preuve du mariage des père et mère et la constatation que la naissance de l'enfant remonte à une époque où la présomption légale avait toute sa force. Cette preuve et cette constatation peuvent quelquefois se faire en Algérie par la production des actes de l'état civil; mais il faut reconnaître que, malgré les efforts de l'administration française, ce mode de preuve est souvent impossible. On a donc recours à la preuve testimoniale, c'est ainsi que le kadi des Attals a, le 16 janvier 1862, sur la déclaration de témoins, déclaré que el Kaza Ali était le frère de el Hadj ben Kaza Ali; que le kadi de Doni, par jugement du 13 novembre 1871, a admis que le jeune Tahar était le fils légitime de si Abdallah ben el Hadj, et que la Cour d'Alger, dans un arrêt préparatoire du 29 mai 1863, a autorisé la femme Aïcha à prouver, tant par titre que par témoins, qu'elle était l'épouse de el Lakdar ben Nozani et la mère de Mohammed, et que plus récemment, en 1872, la même Cour a réservé à ben Mingat la faculté d'établir par témoins qu'il était le parent et l'héritier de ben Rabrah.

**420.** La loi musulmane n'admet pas d'autre mode de preuve de la filiation ; elle repousse notamment le serment prêté par les intéressés. « La filiation, porte un jugement rendu le 25 janvier 1872 « par le kadi de la 60e circonscription judiciaire d'Alger, s'établit par témoignage et non par le serment, ainsi que l'enseignent « tous les docteurs et en dernier lieu el Karchi et el Saïd. »

Mais quand le mariage des père et mère est justifié et que de plus l'enfant a eu depuis sa naissance une possession d'état constante, la filiation ne peut plus être contestée.

C'est ce qui a été jugé par le kadi de la première circonscription d'Oran, dans les circonstances suivantes :

Une jeune fille, Zohra, voulant se soustraire à l'autorité paternelle que Mohammed exerçait sur elle, déclara que Mohammed n'était point son père, et elle l'actionna devant le kadi pour voir statuer sur sa réclamation ; Mohammed produisit alors des témoins qui attestèrent que Zohra était née de son mariage avec feu Aïcha, pendant la durée de leur union, et que depuis sa naissance Zohra avait été élevée par lui, qu'il l'avait toujours traitée comme sa fille, et avait en cette qualité pourvu à tous ses besoins.

Et Zohra n'ayant pu administrer la preuve contraire, fut déboutée de sa demande et judiciairement reconnue pour la fille légitime de Mohammed.

## SECTION II.

### DE L'ADOPTION.

**421.** L'adoption existait chez les Arabes des temps antéislamiques. M. Caussin de Perceval raconte dans son *Histoire des Arabes* (1) que « les Coreïchites firent une dernière tentative auprès de l'oncle de Mahomet, Ali Abou Talèb ; ils lui amenèrent Amara, fils de Walid, fils de Moghaïra, et lui dirent : Voici Amara, fils de Walid, le plus beau jeune homme de la Mecque. Prends-le, qu'il devienne ton fils, et livre-nous Mahomet en échange. »

**422.** L'adoption a été pratiquée par le Prophète. Un jeune homme dit Kasimirski (2), de la tribu de Kalb, nommé Zeïd, descendant des Himyarites, ayant été enlevé par un parti d'Arabes, fut vendu à Khadidja et donné par elle à son mari. Mahomet le prit en affection et le traita comme son fils. Le père de Zeïd, Hazetha, découvrit son fils après des recherches nombreuses et offrit au Prophète de le racheter ; mais celui-ci déclara que Zeïd était libre de rester avec lui ou de partir avec son père. Zeïd resta avec le Prophète, qui l'adopta solennellement pour son fils devant la pierre noire de la Caaba.

**423.** L'adoption existe donc en droit musulman, mais il faut reconnaître que c'est peut-être la partie de la législation qui a été le plus négligée par les jurisconsultes. Quelques-uns d'entre eux, tels que Abou Chodjà, n'en parlent pas ; d'autres, comme Ibrahim Alepi, emploient les mêmes termes pour l'adoption et la

(1) T. I, p 364.
(2) Koran Sourate. XXXIII, v. 37.

reconnaissance de parenté; des troisièmes enfin, à l'exemple de sidi Khalil, ne s'occupent en quelques lignes seulement que de la reconnaissance.

**424.** Il est possible, cependant, en étudiant les textes avec soin, de discerner quelles sont les personnes qui ont le droit d'adopter, celles qui sont susceptibles d'être adoptées, quelles sont les formalités de l'adoption, ses effets, et les modes suivant lesquels elle peut être prouvée.

**425.** *Qui peut adopter ?*

Tout musulman, homme ou femme, dit Mouradja d'Ohsson (1), mais à la condition qu'il y ait entre l'adoptant et l'adopté une différence d'âge qui, suivant les lois de la nature, permette à l'un d'être le père de l'autre. Le mari et la femme peuvent adopter en commun. Et si la femme concourt à l'adoption, elle a besoin de l'autorisation formelle de son mari.

**426.** *Qui peut être adopté ?*

La loi permet d'adopter tout individu de l'un ou de l'autre sexe, pourvu que sa naissance soit inconnue, qu'il ait l'âge de raison et qu'il ne soit ni l'esclave ni l'héritier au degré successible de l'adoptant.

La naissance doit être inconnue pour éviter que la mère ne puisse être soupçonnée d'adultère et que le désordre ne se produise dans la famille naturelle.

L'âge de raison est exigé chez l'adopté afin qu'il soit en état de donner un consentement valable à l'acte qui le fait entrer dans une nouvelle famille, et le soumet envers l'adoptant à tous les devoirs, à toutes les obligations de l'enfant vis-à-vis de son père.

Enfin, la condition qui ne permet pas d'adopter un parent au degré successible a pour but d'empêcher que l'adoptant puisse, à son gré, changer l'ordre légal des successions et avantager un de ses héritiers aux dépens des autres.

C'est ce qu'a reconnu et consacré le kadi malékite d'Alger par son jugement du 11 juillet 1863, portant :

« Attendu que l'enfant adopté était héritier de l'adoptant pour « une portion, et, par suite, que l'adoption n'était pas valable, « puisqu'elle tendait à favoriser un parent au degré successible. »

(1) T. V, p. 306-308.

**427.** *Formalités requises pour l'adoption.*

Mahomet avait adopté Zeïd en employant la forme qui était alors la plus solennelle ; les jurisconsultes n'ont point vu cependant dans l'exemple donné par le Prophète une règle obligatoire ; ils ont décidé, en conséquence, que l'adoption, comme tous les autres actes de la vie civile, ne serait entourée d'aucune formalité spéciale, d'aucune solennité particulière, qu'elle serait valable toutes les fois qu'elle aurait lieu en public, c'est-à-dire en présence de deux témoins, et avec le consentement exprès de l'adopté. « Il faut, dit Mouradja d'Ohsson (1), que la déclaration de l'adoptant soit accueillie par le consentement de l'adopté. »

**428.** *Effets de l'adoption.*

L'adoptiou a pour effets :

1° De faire entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant, avec une différence cependant signalée par le Koran lui-même. « Dieu, « dit-il (2), n'a point fait que vos enfants adoptifs soient comme « vos propres enfants.... Appelez vos fils adoptifs du nom de « leurs pères, ce sera plus équitable devant Dieu. »

2° De créer les mêmes empêchements à mariage que pour les enfants nés d'un mariage légalement contracté. Une exception a été faite à la règle. « Lorsque Zeïd prit un parti, porte le Koran (3), et résolut de répudier sa femme, nous l'unîmes à toi (le Prophète) par le mariage, afin que ce ne soit pas pour les croyants un crime d'épouser les femmes de leurs fils adoptifs après leur répudiation. »

3° De donner à l'adopté les mêmes droits dans la succession de l'adoptant que ceux d'un enfant légitime, « et ces droits, dit Mouradja d'Ohsson (4), doivent être respectés, quand même l'adoptant laisserait d'autres descendants ou d'autres héritiers naturels. »

4° De permettre à la mère de l'adopté de déclarer, après la mort de l'adoptant, qu'elle a été mariée à ce dernier, d'être crue par son affirmation, d'exercer les droits et actions réservés aux veuves (5).

(1) T. V, p. 308.
(2) Sourate XXXIII, v. 4.
(3) Sourate XXXIII, v. 37.
(4) T. V, p. 308.
(5) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 308.

**429.** *Comment se prouve l'adoption ?*

Par tous les moyens autorisés par la loi, et, en fait, par la déclaration des témoins instrumentaires et la possession d'état.

**430.** Les Hanafites permettent aussi l'adoption paternelle et maternelle, à la condition qu'il y ait entre l'adoptant et l'adopté une différence d'âge convenable et que le premier n'ait ni père ni mère (1). Mais les Malékites n'autorisent pas cette extension donnée à la loi ; leurs auteurs n'en parlent pas.

## SECTION III.

### RECONNAISSANCE DE PARENTÉ.

**431.** La reconnaissance de parenté tient beaucoup de l'adoption, au moins lorsqu'il s'agit de la paternité. Le père seul, dit sidi Khalil (2), établit sa qualité de père d'un individu dont la filiation est ignorée par sa seule déclaration.

Le mari a donc, et il a lui seul, à l'exclusion de sa femme, de son aïeul et de ses autres parents, le droit de s'attribuer la paternité d'un enfant ; il ne peut cependant exercer ce droit que lorsqu'il a été ou qu'il a pu être père de famille, c'est-à-dire lorsqu'il a été marié ou tout au moins qu'il a vécu maritalement avec une concubine, lorsqu'il y a entre lui et l'enfant la différence d'âge exigée par la nature et lorsque la filiation de l'enfant est inconnue, sans quoi la reconnaissance constituerait un outrage pour la mère, une honte pour le père, et ferait de l'enfant un enfant de zina (de l'adultère), enfin, lorsque cette reconnaissance n'a pas pour but évident de frustrer de leurs droits les héritiers légitimes, et la loi reconnaît ce caractère frauduleux à la reconnaissance lorsqu'il est de notoriété publique que l'enfant ne doit pas le jour à celui qui l'a reconnu, ce qui a fait dire à sidi Khalil (3) : « Dans le cas où un individu qui a des successibles s'est reconnu le père d'un autre individu qui n'est point né de lui, dans le but de l'avoir pour héritier, il n'héritera pas. »

**434.** La reconnaissance de paternité produit tous les effets de la paternité naturelle.

**435.** En principe, la femme mariée n'a pas qualité pour faire

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 309.
(2, 3) Texte, p. 45 ; Perron, t. V, p. 306 et 307.

une reconnaissance d'enfant, et toute déclaration à ce sujet émanée d'elle ne lie pas ses autres parents et ne les prive point de leurs droits successifs. Cette reconnaissance n'est point toujours nulle cependant, elle produit un effet lorsqu'elle a lieu après le décès du mari; elle donne à l'enfant reconnu le droit de réclamer la moitié de ce qui revenait à sa mère pour ses droits de succession.

**436.** Une autre sorte de reconnaissance est permise, c'est celle de la parenté, que Mouradja d'Ohsson (1) désigne sous le nom d'adoption collatérale. C'est celle qui a pour objet un frère, un oncle, un cousin.

Cette reconnaissance est également autorisée par les Malékites.

Elle se fait dans les mêmes conditions que celle de l'enfant par le père de famille, par une simple déclaration devant témoins.

« Lorsque deux individus aptes à témoigner, porte le texte de « sidi Khalil (2), frères ou oncles, par exemple, témoignent en « faveur d'un troisième qu'ils attestent être leur frère ou leur « neveu, la filiation de ce dernier est établie. »

Elle est même établie vis-à-vis du témoin unique qui atteste la parenté; mais, dans ce cas, la reconnaissance n'ouvre au parent reconnu un droit d'héritage que sur la succession de celui qui l'a faite (3).

Et si le parent qui a fait la reconnaissance, disant : « Celui-là est mon frère, » se rétracte après un certain temps et soutient que c'est un autre individu qui est son frère, cette rétractation ne préjudiciera en rien aux droits du premier qui a été reconnu; il héritera de la part fixée par la loi, et le second prendra la moitié de la part de celui qui a fait la double reconnaissance. Toutefois on admet que si la rétractation était instantanée, l'individu désigné le second serait seul appelé à prendre part à l'héritage.

**437.** La reconnaissance et la parenté elle-même se prouvent par témoins et par la possession d'état. Les jugements intervenus en cette matière sont peu nombreux; nous reproduisons toutefois les deux derniers arrêts de la Cour d'Alger, parce qu'ils marquent la tendance des kadis à accepter trop facilement la preuve de la

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 309.
(2) Perron, t. IV, p. 307.
(3) Perron, t. IV, p. 308.

parenté et les efforts de la magistrature française pour établir une jurisprudence différente.

Le premier de ces arrêts, en date du 9 octobre 1871, a été rendu dans les circonstances suivantes :

Le nommé Allal ben Mustapha Aboub, se prétendant le frère consanguin de Mohammed ben Mustapha Aboub, demanda sa part dans la succession de Aboub père. Il fit comparaître deux témoins devant le kadi malékite d'Alger et, sur leur déclaration, ce magistra déclara, par jugement du 27 mai 1871, que la filiation de Allal était suffisamment établie et qu'il avait droit à prendre part à la succession de Aboub père. Appel fut interjeté et la Cour a statué en ces termes :

« Attendu que les deux seuls témoins entendus par le kadi « n'établissent point d'une manière certaine que l'intimé est réel- « lement le frère consanguin de l'appelant, qu'ils ne constatent « même pas l'identité de l'intimé ;

« Attendu, d'un autre côté, que par sa propre déclaration à « l'audience, Allal répond n'avoir jamais connu ses sœurs, et « qu'il est certain qu'il n'a jamais eu la possession d'état dans « sa famille ; qu'il est en outre reconnu par les parties que le « père dont Allal réclame aujourd'hui partie de la succession est « mort depuis environ vingt-cinq ans, sans réclamation aucune à la « succession de la part d'Allal ; ce qui, sans être une preuve posi- « tive, établit néanmoins une forte présomption contre ses « prétentions d'aujourd'hui ; que du reste il pourrait se faire, « par suite des débats produits à l'audience, que le nom véritable « de l'intimé ne fût réellement pas celui qu'il a pris ou s'est « donné dès le début du procès ; infirme. »

Le second arrêt est intervenu à l'occasion de la revendication, par Mohammed ben Mingat de la succession de ben Rebrah qui avait été appréhendée par le Bei el Mal, faute d'héritiers au degré successible. Il est du 18 mars 1872 et est ainsi conçu :

« Attendu que les témoignages produits et les diverses en- « quêtes faites devant les magistrats de première instance et « devant la Cour ne permettent pas d'admettre que Mohammed « ben Mingat soit à un degré quelconque parent de la famille des « ben Rebrah ;

« Que si, à la vérité, quelques témoins déposent de sa parenté,

« c'est d'une manière incertaine, sans aucune précision de temps « ou de degré, en faveur de cette prétendue parenté ; que d'autres « témoins ont, en outre, déposé de certaines circonstances qui « indiqueraient, par les rapports de Mohammed avec le défunt, « qu'il ne lui était attaché par aucun lien de parenté ;

« Que, de plus, l'examen de divers titres provenant de la famille « Rebrah, établissant une généalogie régulière, amène à consta- « ter que depuis une époque remontant à plus de cent cinquante « ans, il n'existait aucun lien appréciable de parenté et d'alliance « entre les deux familles ;

« Que dans l'état de la cause, Mohammed Mingat n'a point « établi d'une manière suffisante ses prétentions à la revendica- « tion de la succession de ben Rebrah ; infirme. »

## SECTION IV.

### PARENTÉ DE LAIT.

**438.** En dehors de la parenté naturelle et de l'adoption, la loi musulmane admet une autre parenté appelée parenté de lait, celle qui s'établit entre la nourrice et le nourisson et entre tous les enfants qui ont sucé le lait de la même femme.

Nous le rappelons ici pour mémoire et renvoyons aux explications que nous avons données sur ce point aux n°s 85 et suivants.

---

## CHAPITRE XVI.

### PUISSANCE PATERNELLE.

---

SOMMAIRE.

439. Puissance paternelle restreinte par le Koran.
440. En quoi elle consiste.
441. Ce qui la caractérise en droit musulman.
442. C'est une institution d'ordre public, on ne peut y déroger.
443. Le père peut faire exercer la puissance paternelle par des mandataires.

**439.** La puissance paternelle, presque absolue sous les anciennes coutumes arabes, a été restreinte par le Koran (1).

**440.** Cette puissance s'exerce sur la personne et sur les biens.

*Sur la personne.* — Le père a le droit d'imposer le mariage à ses enfants, savoir : au fils, jusqu'à la puberté; aux filles, suivant les rites, jusqu'à leur nubilité, leur émancipation ou jusqu'à ce qu'elles deviennent tseïb (2). Le père peut obliger ses enfants à rester dans la maison parternelle. Enfin, il a sur eux le pouvoir de correction.

La loi s'en rapporte sur ce point à sa sagesse et à son affection. En Algérie, ce pouvoir est resserré dans les limites du Code pénal français; ainsi, en 1865, un musulman d'Alger s'était aperçu que sa fille, âgée de dix-sept ans environ, avait des rendez-vous la nuit avec le fils d'un de ses voisins ; il l'attacha à un poteau, et lui relevant ses vêtements il la frappa violemment avec une corde et lui fit des blessures qui entraînèrent une incapacité de travail de plusieurs jours. Poursuivi pour ce fait, il se retrancha derrière le droit de correction paternelle que lui confère la loi musulmane; mais le tribunal déclara qu'il avait outre-passé les pouvoirs dont il excipait et le condamna à une peine correctionnelle.

*Sur les biens.* — Le père administre les biens de ses enfants; il fixe la dot de ses filles et en touche la partie exigible (3). Il a même, chez les Malékites, le droit de consentir à une remise ou réduction de la dot convenue (4) et de payer, avec les deniers de sa fille, la compensation demandée par le mari pour rompre par

(1) Ci-dessus, n° 223.
(2) Ci-dessus, n°s 11 et suiv.
(3) T. II, la dot et son régime.
(4) T. II, la dot et son régime.

le divorce l'union conjugale (1). Les Hanafites accordent aussi une grande étendue au pouvoir du père de famille; ils déclarent qu'il n'est pas responsable des détériorations ou des pertes provenant de sa gestion et ils l'autorisent à donner les biens de ses enfants en gage à ses propres créanciers. « Si le père a des dettes ou des besoins réels, porte la Moulteka d'Ibrahim (2), il peut engager les biens de ses enfants mineurs.

**441.** Mais ce qui, dans la loi musulmane, donne à la puissance paternelle un caractère distinctif, c'est le droit, pour le père de famille, d'imposer le mariage à ses enfants, sans avoir besoin de leur consentement.

**442.** Et cette puissance, telle qu'elle est constituée, forme une institution d'ordre public à laquelle on ne peut déroger par des conventions particulières; c'est là, en effet, ce qu'enseignent tous les auteurs et ce qu'a consacré une jurisprudence constante. Citons notamment le jugement du tribunal supérieur d'Alger, du 8 mars 1837 : « Considérant qu'aux termes de la loi musulmane, le père « ne peut pas se départir de la puissance paternelle (3); » un jugement du kadi de Tenès, du 29 mai 1862, portant : « Atttendu « que, d'après la loi musulmane, les droits de la parternité sont « inaliénables ; » un arrêt de la Cour d'Alger, du 1er janvier 1864, disposant : « Attendu que le père de famille ne peut abdiquer les « droits résultant de la puissance paternelle. »

**443.** Mais si le père n'a pas le pouvoir d'abdiquer, il peut, par des conventions particulières, charger un ou plusieurs mandataires d'exercer, en son nom, la puissance parternelle et même prendre des dispositions relatives à la garde de ses enfants. Ainsi, lors du divorce, les époux ont le droit de stipuler que les fils nés de leur union resteront sous la garde de la mère après l'expiration du délai de l'hadana, ou encore que l'enfant dont la mère est enceinte sera remis au père immédiatement après sa naissance, et ces stipulations, porte un arrêt de la Cour d'Alger du 26 octobre 1863, doivent recevoir exécution.

**444.** Et si le père meurt?

La puissance paternelle s'éteint ou passe à divers parents, sui-

(1) Ci-dessus, n° 280.
(2) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 264.
(3) V. ci-dessus, n° 24.

vant les dispositions de chaque rite (1). Mais, avant de mourir, le père, dans tous les rites, peut désigner un ouaci chargé de le remplacer, et à qui il confère les pouvoirs de la puissance paternelle et spécialement le droit d'imposer le mariage à ses enfants mineurs.

**445.** Cette constitution du ouaci a soulevé entre les jurisconsultes quelques difficultés que nous avons exposées au n° 33. Disons ici que la désignation est ordinairement faite devant témoins, que c'est au ouaci qui en invoque le bénéfice à en faire la preuve, qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier la valeur des déclarations produites devant eux, ou consignées dans un acte de notoriété.

**446.** La jurisprudence n'admet, en général, le droit pour le tuteur d'imposer le mariage que lorsque ce droit est formellement stipulé dans l'acte de tutelle testamentaire.—Cour d'Alger, arrêts des 1er mai 1867 et 18 juin 1872, rapportés ci-dessus au n° 33.

Ainsi, il faut que le droit d'imposer le mariage soit formellement exprimé; mais il ne suffit pas toujours que les témoins mentionnent ce droit dans leur déclaration pour qu'il soit admis. La jurisprudence a décidé en effet:

1° Que cette déclaration ne devait point être prise en considération, qu'elle n'était d'aucune valeur lorsqu'elle était faite après l'acte contenant la liquidation de la succession du père des mineurs et après que le ouaci avait comparu dans cet acte et y avait pris la simple qualité de mandataire. — Kadi de la 30e circonscription judiciaire d'Alger, jugement du 14 septembre 1870; Cour d'Alger, arrêt du 17 octobre 1871;

2° Qu'elle était également sans valeur lorsqu'elle émanait d'individus étrangers à la famille qui s'étaient présentés devant un kadi autre que celui de leur domicile, lequel kadi ne les connaissait pas et n'avait pu attester leur honorabilité. — Cour d'Alger, arrêt du 19 juin 1871.

**447.** Le père a, au surplus, pour cette désignation la liberté la plus étendue; il peut nommer, à sa volonté, toute personne musulmane, majeure et douée de raison : sa femme (la mère de ses enfants), un de ses parents ou même un étranger à sa famille.

(1) Ci-dessus, n° 29.

Et son choix, lorsqu'il est régulièrement fait, n'est point susceptible d'être attaqué par les mineurs ni en leur nom.

**448.** Le mari peut, disons-nous, constituer sa femme ouacia, mais cette désignation, quels que soient les termes employés, ne saurait lui donner le pouvoir de marier elle-même ses filles. Elle est obligée d'avoir recours à un mandataire, et toute union contractée par elle est frappée de nullité (1).

La mère n'exerce donc pas la puissance paternelle, au moins dans celles de ses parties que nous avons considérées comme constituant son caractère distinctif dans la législation musulmane ; mais elle a un droit spécial, particulier, inhérent à sa qualité : c'est le droit de hadana, que nous étudierons sous le chapitre suivant.

**449.** Voyons maintenant quels sont les enfants soumis à la puissance paternelle.

Les enfants sur lesquels cette puissance s'exerce sont :

1° Les enfants légitimes, ceux qui sont nés du légitime mariage de leurs père et mère ;

2° Les enfants reconnus, ceux que le père a déclaré être nés de lui et en faveur desquels il a fait une reconnaissance de paternité (2).

Quant aux enfants nés hors le mariage et non reconnus par leur père, ils sont confiés à la garde de leur mère, quelquefois à l'autorité d'un tuteur ; mais la mère et le tuteur ne peuvent exercer les droits que donne la puissance paternelle relativement au mariage ; ni l'un ni l'autre n'ont le pouvoir de marier ces enfants sans leur consentement.

**450.** Comment la puissance paternelle prend-elle fin?

Il y a lieu de distinguer : 1° entre les fils et les filles ; 2° entre l'administration de la personne et celle des biens.

Pour les fils, l'administration de la personne cesse avec la puberté, parce qu'ils sont alors considérés comme capables de se conduire, de distinguer le bien du mal, et que, par suite, ils encourent la responsabilité pénale de leurs actes. A leur puberté ils ne sont donc plus soumis au droit de correction, le mariage ne peut plus leur être imposé, et ils ont, de plus, la faculté de

(1) Ci-dessus, n°s 35-140.
(2) Ci-dessus, n° 431.





quitter la maison paternelle et de s'établir partout où ils jugent convenable (1).

L'administration des biens dure plus longtemps; elle ne prend fin, ainsi que nous l'expliquerons plus loin, que par l'émancipation, par la déclaration ou la constatation que le mineur est rachid, c'est-à-dire qu'il a la capacité nécessaire pour prendre soin, par lui-même, de ses intérêts.

En ce qui concerne les filles, elles sont soumises à l'administration de leur personne, suivant les Hanafites, jusqu'à ce qu'elles deviennent nubiles, et, d'après les rites malékites et chaféites, jusqu'à la consommation de leur mariage, et à l'administration de leurs biens, jusqu'à ce qu'elles soient reconnues ou déclarées rachida. Il peut donc arriver que la femme n'ait pas, au moment de son mariage, l'administration de ses biens et qu'elle reste placée, à ce point de vue, et pendant l'union conjugale, sous la puissance paternelle.

---

## CHAPITRE XVII.

### HADANA.

---

SOMMAIRE.



(1) Cadoz, *Examen critique,* p. 15; texte, p. 48.

**451**. La puissance paternelle, nous venons de le voir, s'exerce tout à la fois sur la personne et sur les biens; mais lorsque le mari meurt, qu'il répudie sa femme ou que le divorce est prononcé et qu'il existe une fille ou un jeune fils issu du mariage, cette puissance se démembre, et la mère conserve seule le droit de garder l'enfant et de lui donner les soins que son sexe ou sa faiblesse réclame.

**452**. Au nombre de ces soins, figure en première ligne l'allaitement. Les femmes, dit le Koran (1), allaiteront leurs enfants; c'est là une obligation de droit étroit à laquelle une mère ne peut se soustraire que dans les quatre cas suivants, savoir : lorsqu'elle est malade, lorsqu'elle manque de lait, lorsqu'elle est de condition élevée ou plutôt riche parce qu'elle peut se faire remplacer par une nourrice, et enfin lorsqu'elle a été répudiée définitivement ; et encore, dans cette dernière hypothèse, la loi maintient-elle l'obligation pour la mère, quand l'enfant ne veut pas prendre le sein d'une autre nourrice ou qu'il est abandonné (2).

L'allaitement a une durée légale de deux ans ; cette durée peut être réduite cependant d'un commun accord par les époux, « s'ils préfèrent, porte le verset du Koran que nous venons de citer, sevrer l'enfant avant le temps prescrit et après s'être consultés; cela n'est pas défendu. »

**453**. Le droit qu'a la mère de donner des soins à ses enfants

(1) Sourate II, v. 233.
(2) Texte, p. 146.

s'exerce pendant un temps plus ou moins long, suivant qu'il s'agit d'un fils ou d'une fille.

« La mère, porte le texte (1), doit ses soins à sa fille jusqu'à la célébration de son mariage, » et la règle ainsi formulée admise par les autres rites a été consacrée par de nombreuses décisions judiciaires, notamment par un jugement du kadi d'Alger du 27 août 1865 et par deux arrêts de la Cour des 20 décembre 1865 et 25 mars 1867.

Quant aux fils, il y a divergence. Les Malékites les soumettent à la hadana jusqu'à ce qu'ils aient atteint leur puberté ; c'est le texte formel de sidi Khalil constamment appliqué par la jurisprudence. Les Hanafites limitent les soins maternels à l'âge de sept, huit ou neuf ans (2), « parce qu'à cet âge, dit Ibn Abidin, l'enfant peut se conduire seul, » et en outre, ajoute el Tahtaouï, « parce qu'il est parvenu à l'époque de la vie où il est bon pour lui d'être élevé par des hommes et de commencer à prendre des mœurs et des habitudes viriles. » Les Chaféites et les Hanbalites laissent au garçon âgé de sept ans la faculté de choisir celui de ses parents avec lequel il préfère rester. « Et on l'abandonnera à celui qu'il aura choisi, dit Abou Chodja. »

**454.** La hadana cesse donc pour les garçons à un âge ou dans des conditions déterminées, et lorsque cet âge est atteint, que ces conditions sont remplies, le père ou le tuteur ont le droit de réclamer la personne de l'enfant. C'est en effet ce qu'ont confirmé de nombreuses décisions judiciaires parmi lesquelles nous citerons :

1° Un arrêt du 24 novembre 1862 portant : Attendu que « Abd el Kader et Rabah sont tous deux pubères et qu'à cet âge, « d'après les lois et usages musulmans, ils doivent être confiés « aux soins de leur père et placés sous sa tutelle. »

2° Un arrêt du 25 mars 1865 : « Attendu que deux des fils de « l'appelant Mohammed er Rabah sont pubères et doivent par suite « être remis à leur père. »

3° Un jugement du kadi hanafite d'Alger, du 21 août 1867 : « Attendu que le père a le droit de reprendre son enfant dès que « celui-ci a accompli sa septième année. »

(1) Texte, p. 46.
(2) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 257.

455. Les dispositions qui précèdent sont d'une application facile lorsque le père et la mère appartiennent au même rite ; mais s'ils sont de rites différents, quelle sera la règle à suivre ? La Cour d'Alger, saisie de la question, a décidé, par arrêt du 15 avril 1872, que le droit de hadana ayant été établi dans l'intérêt exclusif de l'enfant, c'était la loi du rite auquel il appartenait qu'il fallait appliquer.

Voici au surplus les termes de l'arrêt et les circonstances dans lesquelles il a été rendu :

Lakhal ben Mohammed ben Allal s'était marié à Aïcha bent Mustapha Turki. Un enfant, Mohammed, naquit de cette union. Lakhal divorça sa femme, puis se remaria, et lorsque le jeune Mohammed eut atteint sa septième année, [illegible] réclama et s'adressa pour faire valoir ses droits au kadi hanafite. Le kadi d'Alger fit droit à la demande de Lakhal par jugement du 2 février 1872. Appel par Aïcha et sur l'appel arrêt infirmatif ainsi conçu :

« Considérant que Lakhal appartient au rite malékite, qu'il ne « peut donc exercer les droits dérivant pour lui de la puissance « paternelle que dans les conditions de la législation du rite au- « quel il est soumis ; que peu importe d'ailleurs qu'il ait porté « sa demande devant le kadi hanafite, ne pouvant dépendre de sa « volonté de se soustraire à la législation qui régit sa personne par « le seul fait de son recours à un juge qu'il n'a saisi que dans le « but évident d'éluder la loi ;

« Qu'il y a d'autant plus lieu de décider ainsi que le jeune « Mohammed appartient lui-même au rite malékite, et qu'à raison « du nouveau mariage contracté par l'intimé et des circonstances « qui sont de nature à le faire considérer comme vivant dans une « certaine dépendance vis-à-vis de son épouse actuelle, il y a « toute raison de penser que le jeune Mohammed ne trouverait pas « dans cette famille, qui à part son père, lui est étrangère, les « attentions et les soins qui lui sont assurés auprès de sa mère ; « que dès lors les règles du rite malékite, qui permettent de le « laisser jusqu'à sa puberté sous la garde maternelle, lui sont « éminemment favorables, et que son intérêt non moins que la « loi en commandent l'application en sa faveur ;

« Infirme, dit que conformément au rite malékite, seul applicable « dans l'espèce, le jeune Mahommed restera sous la garde de sa mère

« Aïcha bent Mustapha Turki, jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de « puberté. Déboute Lakhal de sa demande et le condamne aux « dépens. »

**456.** La garde des enfants est confiée en premier lieu aux femmes et, à leur défaut seulement, aux hommes. Parmi les femmes, la première appelée est la mère de l'enfant ; viennent ensuite l'aïeule maternelle de l'enfant, sa bisaïeule, sa tante et sa grand'tante maternelle, puis son aïeule paternelle, sa sœur germaine, sa sœur utérine, sa sœur consanguine, sa tante paternelle, et s'il n'a pas de parentes à ces degrés, ou si aucune d'elles ne peut ou ne veut exercer la hadana, le droit passe au père, au ouaci, au frère de l'enfant, à son neveu, à son oncle et à son cousin. La ligne maternelle a ainsi la préférence sur la ligne paternelle, et la parenté utérine sur la parenté consanguine ; ajoutons que le degré le plus rapproché exclut le degré le plus éloigné. et dans le cas rare où il y aurait concours entre parents de la même ligne et du même degré, on donne le choix, d'après le texte même de sidi Khalil (1), à celui qui montre pour l'enfant le plus de bonté et d'affection.

**457.** La mère, avons-nous dit, est la première dévolutaire de la hadana. El Kharchi explique, dans son commentaire, que ce droit est inhérent à la qualité de mère, et qu'il appartient en conséquence aussi bien à celle qui est infidèle qu'à celle qui professe la religion de l'islam, et ce, quand même l'enfant serait le fruit de l'adultère où qu'il serait possédé du démon. Et sidi Khalil partage cette opinion puisqu'il déclare qu'il n'est point nécessaire d'être musulman pour être chargé de la hadana (2), et par suite que la garde de l'enfant appartient toujours aux parents dans l'ordre qu'il a précédemment indiqué.

La jurisprudence est constante à cet égard. — Kadi d'Alger, jugement du 21 mai 1862, confirmé par arrêt de la Cour du 6 octobre suivant ; kadi des Hadjoutes, jugement du 24 septembre 1866 ; kadi d'Alger, jugement du 9 novembre 1862 ; kadi de Tenès, jugement du 15 mai 1847.

**458.** La ligne maternelle a la préférence sur la ligne paternelle.

(1) Texte, p. 46.
(2) Texte, p. 46

Le principe a été consacré par l'arrêt du 11 mars 1861, portant : « Attendu qu'aux termes de la loi musulmane, l'enfant doit être laissé à la garde d'une parente de la mère tant qu'il en existe, par préférence à une parente du côté du père et au père lui-même. »

Et il a, par suite, été jugé :

Que l'aïeule maternelle avait le droit d'exercer la hadana à l'exclusion du grand-père paternel (kadi de Constantine, jugement du 6 mai 1865; Cour d'Alger, arrêt du 20 décembre 1865), quand même elle serait d'un grand âge. — Kadi d'Alger, jugement du 27 août 1865.

Que la mère de la mère primait la mère du père. — Kadi de la 3e circonscription d'Alger, jugement du 22 juillet 1868.

Que la tante excluait la belle-mère. — « Attendu, porte l'arrêt « de la Cour du 5 juillet 1870, que l'intérêt de l'enfant doit tou- « jours être pris en considération et servir de règle ; que depuis « l'âge de deux ans la jeune Halima est, en vertu des principes du « droit de hadana, auprès de sa tante ; qu'elle y est incontestable- « ment mieux qu'auprès d'une belle-mère. »

**459.** Les femmes ont la préférence sur les hommes.

Cette règle a été appliquée par plusieurs décisions judiciaires, notamment par un jugement du kadi de Constantine du 9 août 1862, confirmé sur appel par arrêt du 1er juin 1863 accordant à la sœur priorité sur le frère, et ce, quoique la sœur fût mariée au cousin paternel ; par deux arrêts des 17 avril 1867 et 3 octobre 1870 accordant à la tante le droit de hadana, à l'exclusion du frère ; et par un arrêt de principe du 31 juillet 1865, rendu en faveur de l'aïeule contre le père. Cet arrêt, infirmant un jugement rendu le 29 mai précédent par le tribunal d'Oran, est ainsi conçu :

« Considérant que la loi musulmane indique d'une manière claire et précise quels sont les parents auxquels reviennent comme devoir les soins à donner et la garde d'un enfant ;

« Que cette loi a même pris soin de fixer l'ordre de préférence dans lequel ce droit particulier devait être exercé ;

« Que la grand'mère maternelle de l'enfant est indiquée la première, et que le père ne figure qu'au septième rang ;

« Considérant qu'en condamnant la femme Fathma bent Ali à « remettre la jeune Isma à son père, et en ne voyant dans la

« cause qu'une question de puissance paternelle, les premiers
« juges ont violé les principes du droit musulman ;
« Infirme. »

**460.** Mais pour être appelé à exercer le droit de hadana, il ne suffit pas d'être parent de l'enfant au degré voulu, il faut encore remplir les conditions suivantes, que sidi Khalil a énumérées dans son *Précis de jurisprudence* (1) : « Être sain d'esprit, d'un âge à « pouvoir donner les soins que réclame l'enfance, habiter une « demeure où la jeune fille ne puisse avoir aucun motif de crainte, « avoir de bonnes mœurs, ne pas être atteint de la lèpre ni d'au- « cune maladie contagieuse, avoir un caractère droit et une inté- « grité parfaite. »

Et à la condition, en outre, si la hadana revient à un homme, que ce dernier ait une femme capable d'en remplir les devoirs, et si elle appartient à une femme, que celle-ci ne soit pas nouvellement mariée, sauf les exceptions prévues par le texte (2).

**461.** La hadana impose, en réalité, de lourdes charges à celui qui en est investi ; aussi la loi autorise-t-elle les parents à y renoncer. Mais cette renonciation, pour produire effet, doit être formelle et ne laisser aucun doute sur les intentions et la volonté de la hadina (la personne qui exerce le droit de hadana). On ne saurait donc admettre comme suffisamment probante l'affirmation par le père, que la mère a renoncé à son droit (jugement du kadi de la 16e circonscription de Constantine du 24 juin 1865) ; ni l'allégation par un père qu'il a fait avec l'aïeule de l'enfant une convention en vertu de laquelle il s'est engagé à payer une somme déterminée pour exercer lui-même la hadana (kadi de Béhira, jugement du 1er février 1867) ; ni la déclaration de deux témoins, lorsque cette déclaration prête à l'équivoque et qu'elle reproduit de simples paroles échangées dans une conversation (arrêt de la Cour d'Alger du 12 octobre 1868) ; ni, enfin, le fait par la mère d'avoir confié sa fille à une tierce personne et de lui avoir laissé donner les soins que réclamait son enfance (Cour d'Alger, arrêt du 14 juin 1872). Les circonstances dans lesquelles cet arrêt est intervenu méritent d'être rapportées. Une femme, Touma, ayant

(1) Texte, p. 46.
(2) Texte, p. 47.

perdu un enfant, demanda à une de ses amies, Aïcha, de lui confier, pour la consoler, sa fille Zohra. Aïcha y consentit. Zohra fut donc laissée aux mains de Touma, qui en prit soin, satisfit largement à son entretien et lui prodigua une grande affection. Lorsque Aïcha eut atteint sa dixième année, Aïcha, sa mère, voulut la reprendre. Touma s'y opposa, déclarant qu'elle exerçait sur la jeune fille le droit hadana, par suite de l'abandon que la mère en avait fait en sa faveur. Sa prétention fut admise, en effet, par le kadi malékite d'Alger, suivant jugement du 14 avril 1872; mais la Cour réforma cette décision par l'arrêt précité, ainsi conçu :

« Attendu qu'il n'est point établi que Touma soit devenue la « mère adoptive de Zohra; que dès lors, et quels que soient les « soins qu'elle ait donnés à cette enfant, elle ne saurait se substi- « tuer à la mère légitime; que celle-ci, en effet, n'a ni perdu ni « abandonné ses droits de mère de famille;

« Infirme. »

**462.** Mais la hadina qui a renoncé peut-elle se rétracter et reprendre ses droits après les avoir abandonnés? En principe, non; la renonciation est définitive, le droit ne revit plus pour celui qui a déclaré ne vouloir point l'exercer. La Cour d'Alger a consacré cette doctrine par un arrêt du 3 octobre 1870 constituant le meilleur commentaire de la loi :

« Attendu que le droit de hadana appartenant à Bou Bellal n'a jamais été exercé par lui; qu'il le revendique aujourd'hui dans son intérêt exclusif; qu'il ressort de tous les faits de la cause et des explications fournies contradictoirement à l'audience par les divers membres de la famille, et par Mouni elle-même, que l'intimé n'a jamais rempli aucun des devoirs que lui imposaient envers elle la nature et la loi;

« Que la loi musulmane dont il réclame le bénéfice ne lui est pas applicable, puisqu'il se trouve, par suite de ses agissements, dans la situation exceptionnelle justement prévue par elle;

« Que Bou Bellal ne mérite pas que le droit, auquel il a renoncé lorsque ce droit était titulaire pour Mouni, lui soit reconnu dans des circonstances où il ne saurait créer que dommages et chagrins à cette dernière. »

**463.** Touefois ce principe reçoit une exception dans deux cas

ormellement indiqués par sidi Khalil : La femme ne recouvre son droit qu'autant que sa renonciation aurait eu sa maladie pour cause; on admet aussi que la mère reprend la hadana après la mort de l'aïeule ou qu'elle devient veuve avant que la personne qui devait l'exercer après elle en ait été informée (1).

**464.** La hadina perd la garde de l'enfant :

1° Par son mariage subséquent, la loi supposant que la femme se devant à sa nouvelle famille n'aura pas pour l'enfant les soins maternels qu'il réclame; la jurisprudence a donc prononcé la déchéance contre la mère qui se remariait. — Kadi de Tlemcen, jugement du 20 janvier 1862 ; kadi de la 24e circonscription d'Oran, jugement du 24 août 1865 ; kadi de Médéa, 14 mai 1866 ; Cour d'Alger, arrêt des 14 novembre 1866 et 11 octobre 1869.

Toutefois cette déchéance n'est encourue que lorsqu'elle est demandée dans l'année du second mariage ; nous lisons en effet dans une consultation du directeur de la medersa d'Alger, du 5 mars 1861 : « Si le père a connaissance du mariage de la hadina et qu'il ne réclame pas son enfant dans le délai d'un an, à partir du jour où il a connu ce mariage, l'enfant reste définitivement sous la garde de cette femme, et le père est considéré comme ayant renoncé au droit qu'il avait de le retirer. » Et cette théorie a été consacrée par un jugement du kadi de Tlemcen du 29 mars 1865, et un arrêt de la Cour du 29 juin suivant.

La déchéance n'est même pas toujours obligatoire. La Cour d'Alger a effectivement déclaré que l'intérêt de l'enfant devait toujours être pris en considération, et que s'il résultait des circonstances de fait que le second mariage a été contracté pour assurer à l'enfant une existence meilleure, la garde ou hadana devait être conservée à la mère. — Arrêts des 8 octobre 1862, 29 juin 1865, 9 décembre 1867.

2° Par son inconduite, lorsqu'il est établi qu'elle couche rarement chez elle, qu'elle fréquente des maisons de débauche (kadi de Constantine, jugement du 24 août 1865) ; qu'elle n'a pas de moralité et qu'elle habite une maison où l'honneur de la jeune fille est sans cesse menacé. — Kadi de Constantine, jugement du 16 novembre 1860.

(1) Texte, p. 47.

3° Par son changement de domicile, lorsque ce changement l'éloigne de 6 bérids du lieu habité par le père de l'enfant. — Le bérid se compose, suivant Abou Dia, de 4 parasanges, le parasange de 3 milles et le mille de 1,700 mètres ; le bérid représente donc une distance de 20 kilomètres environ, et les 6 bérids exigés par la loi une distance de 120 kilomètres. Par suite le kadi de Constantine et la Cour ont fait une saine application des dispositions légales dont nous nous occupons en décidant que le droit de hadana n'était point perdu lorsque la hadina demeurait à 35 kilomètres environ du père de l'enfant — de Mila à Constantine — (jugement du 2 juin 1865 ; arrêt du 26 octobre suivant), à huit heures de distance (jugement du 20 juillet 1865) ; ni même à une journée de marche. (Jugement du 4 décembre 1868 ; arrêt du 10 avril 1867).

Notons avec le texte que l'éloignement qui entraîne la perte de la hadana est celui qui résulte d'un changement de domicile pour un temps déterminé, et non celui qui serait occasionné momentanément par un voyage, par les besoins du commerce, par un règlement d'intérêt, etc. Aussi dans le cas de doute, le kadi peut-il, sur la demande du père ou du tuteur, appeler la hadina qui fait ses préparatifs de départ et lui déférer le serment sur les motifs et la durée de ce déplacement par elle projeté.

Ajoutons qu'il en est de la règle relative à l'éloignement de la hadina, comme de celle édictée en cas de subséquent mariage ; l'intérêt de l'enfant l'emporte sur toutes les autres considérations, et les juges ont la faculté de subordonner l'application de la règle aux circonstances de fait. — C'est ainsi, pour n'en citer qu'un exemple, que la femme Zineb a été autorisée à quitter Tlemcen pour se rendre avec son nouveau mari à Mostaganem et à conserver la hadana sur la fille qu'elle avait eue d'un précédent mariage, parce qu'il a été établi pour le juge que le premier mari avait pendant plusieurs années abandonné sa fille et qu'il ne présentait aucune garantie pour les soins à lui donner. — Jugement du 29 mars 1865, confirmé par arrêt du 29 juin suivant.

4° Par l'éloignement du père à plus de 6 bérids du lieu habité par la hadina.

C'est la même règle que la précédente ; — elle a été appliquée le 10 mars 1869 par le kadi d'Alger, suivant jugement ainsi conçu :

« Il est écrit dans les livres de jurisprudence que lorsqu'un « père, un tuteur testamentaire ou autre, ayant un enfant à sa « charge, veut quitter le pays sans esprit de retour, si le nouveau « pays dans lequel il a l'intention de se rendre est à plus de 6 bérids, « s'il fait serment qu'il veut changer de résidence, et, de plus, « si le pays où il se rend est soumis à un gouvernement régu- « lier, si les routes sont sûres, ce père ou tuteur a le droit de « retirer l'enfant de sa hadina et de l'emmener avec lui, quand « même l'enfant serait encore à la mamelle. »

Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour, en date du 19 mai 1869.

Mais, dans ce cas comme dans les précédents, les juges doivent se décider, surtout par l'intérêt de l'enfant.

« Considérant, porte un arrêt de la Cour d'Alger du 11 février « 1862, qu'il s'agit de savoir si le père, voulant partir pour la « Mecque et s'y établir définitivement, peut, ainsi qu'il le prétend « et que l'a décidé le jugement attaqué, emmener sa fille avec « lui, malgré les protestations de sa mère;

« Considérant qu'il est de principe, en droit musulman comme « en droit français, que lorsqu'il s'agit de statuer sur le sort d'un « enfant appartenant à des parents divorcés, on doit rechercher « principalement quel est le principal intérêt de l'enfant, et déci- « der en conséquence à qui, du père ou de la mère, il doit être « remis;

« Considérant à cet égard, qu'indépendamment des hasards « que le voyage projeté entraîne pour la jeune fille, sa translation « et son établissement à la Mecque présentent des dangers encore « plus réels ; qu'en effet le père et la nouvelle épouse sont l'un et « l'autre d'un âge avancé ; que dans un temps prochain ils pour- « raient venir à manquer à la jeune fille et la laisser isolée, sans « appui dans un pays lointain, tandis qu'à Alger elle resterait « sous les yeux de sa mère, qui lui a toujours prodigué les soins « les plus tendres, et dont la conduite est irréprochable ; qu'elle y « trouverait encore la protection, les secours et les conseils des « frères et des autres parents de sa mère, qui tous lui portent le « plus vif intérêt ;

« Infirme...., ordonne que la fille restera sous la garde de sa « mère. »

Et cette jurisprudence a été confirmée par plusieurs décisions successives rendues dans le même sens, notamment par un arrêt du 8 octobre 1862.

**465.** Nous pouvons tirer de ce qui précède plusieurs conséquences, savoir :

1° Que la hadana ne fait pas obstacle à l'exercice de la puissance paternelle. — C'est reconnu par tous les auteurs et consacré par une jurisprudence constante.

2° Que la hadana se trouve quelquefois en concours avec la puissance paternelle, et, dans ce cas, que les droits du père de famille priment ceux de la hadina.

3° Que ce n'est pas là une règle de droit strict puisque les juges peuvent baser leurs décisions sur le seul intérêt de l'enfant (1).

4° Que le père et le tuteur ont le droit de surveiller la hadina, de rechercher si les soins qu'elle donne sont ceux d'une mère, de faire constater les incapacités ou les indignités survenues, de provoquer toute destitution encourue, et de reprendre l'enfant ou de le faire remettre à la plus proche parente désignée par la loi.

5° Que le kadi est compétent pour statuer sur toutes les contestations auxquelles peut donner lieu l'exercice du droit de hadana.

**466.** La hadana est un droit en effet, puisque les personnes qui en sont investies peuvent le réclamer, et, en cas de refus, se le faire accorder par décision judiciaire. C'est ce qui résulte de la plupart des jugements ou des arrêts que nous venons de citer, et ce qui est encore plus clairement établi par un arrêt du 18 mai 1868, rendu dans les circonstances suivantes. Un mari avait répudié sa femme et laissé la fille issue de leur union sous la garde de sa mère, — mais lorsque la jeune fille eut atteint sa huitième année il s'en empara de vive force, disant qu'il avait sur elle la puissance paternelle et qu'il entendait l'exercer. — La mère, de son côté, réclamait son droit de hadana. La contestation fut portée en première instance devant le kadi et en appel devant la Cour, et les deux juridictions établirent que le père ne pouvait à aucun titre enlever à la femme répudiée la garde de sa fille et lui enjoignirent de laisser l'enfant à sa mère.

(1) V. un arrêt du 6 mai 1873, rapporté au n° 224.

**467.** La hadana entraîne nécessairement des dépenses. « La « hadina dit sidi Khalil (1), a droit de recevoir les frais de « nourriture et de logement de l'enfant. » Le texte est précis, rien que ceux de l'enfant; d'où la conséquence que la femme ne saurait réclamer des frais pour son entretien personnel à titre de rémunération des soins qu'elle donne, et ce, quand même elle serait dans le dénûment le plus complet. » — Kadi de Constantine, jugement du 14 avril 1661.

Les frais d'entretien sont dus à la hadina quelle qu'elle soit, à la grand'mère maternelle par exemple, aussi bien qu'à la mère après la mort de cette dernière (arrêt du 26 décembre 1869). Ils sont fixés soit d'un commun accord entre les parties, soit par le kadi, et cette fixation, comme celle de toute pension alimentaire (2), est sujette à augmentation ou à réduction suivant les besoins de l'enfant ou les ressources du père de famille.

Mais celui qui prend volontairement un enfant avec lui et lui donne ses soins et pourvoit à son entretien sans avoir le droit de hadana, ne saurait plus tard, lorsque l'enfant lui est enlevé et remis à ses parents, réclamer le remboursement des sommes qu'il a dépensées pour lui. Il a, aux yeux de la loi, accompli une œuvre de bienfaisance, de charité, il est sans recours contre la famille de l'enfant. — Kadi de Blida, 31 août 1871.

---

## CHAPITRE XVIII.

### DE LA TUTELLE.

---

SOMMAIRE.

468. En quoi consiste la tutelle en droit musulman?
469. Législation anté-islamique.
470. Règles formulées par le Prophète.
471. Le tuteur placé en première ligne est le père.
472. En seconde ligne, chez les Hanafites, les parents. — Rite malékite.

(1) Texte, p. 47.
(2) Ci-dessus, n° 237.

473. Vient ensuite le tuteur testamentaire ou ouaci.
474. Conditions de cette dévolution.
475. Pouvoirs du père. — Le tuteur nommé par le père a la préférence sur celui désigné par le kadi.
476. La nomination du ouaci est faite par acte ou devant témoins.
477. La tutelle testamentaire n'est pas obligatoire.
478. A défaut du père, des parents chez les Hanafites et du ouaci, la tutelle est dévolue au kadi.
479. Caractère de la tutelle déférée au kadi.
480. Le kadi nomme des tuteurs ou mokkadem pour administrer les tutelles, mais il conserve tous ses droits.
481. La mère n'est point tutrice légale.
482. Quant même elle serait Française et qu'elle aurait été mariée en France avec un musulman. — Question de droit algérien.
483. Droit exceptionnellement reconnu à la mère.
484. Administration du tuteur. — Droit de chefa'. — Prescription contre le mineur.
485. Vente des biens du mineur. — Distinction entre les tuteurs. —
486. Vente d'immeubles. — Causes d'aliénation.
487. Plusieurs tuteurs peuvent être nommés. — Solidarité entre eux.
488. Autorisation du kadi. — Effets.
489. Droit de surveillance et de contrôle du kadi s'appliquant à toutes les tutelles.
490. Le kadi peut exiger que le tuteur rende compte de sa gestion pendant la tutelle, et faire de ce compte rendu une obligation.
491. Il peut aussi révoquer les tuteurs. — Espèces.
492. Mais il ne peut le faire que pour des motifs graves.
493. Comment la tutelle prend fin.
494. Compte rendu par le tuteur. — Celui-ci peut se faire rembourser ses avances et les dépenses de noces et de trousseau avancées par lui.
495. A défaut de preuves, la loi établit, pour l'établissement de ce compte, deux présomptions : l'une en faveur du tuteur, l'autre en faveur du pupille.
496. Quoique créancier, le tuteur ne peut pas retenir, à titre de garantie, les biens du mineur.
497. Toutes les contestations en matière de tutelle sont de la compétence du kadi.
498 Et du kadi du domicile des mineurs.

**468.** La tutelle comprend : 1° la direction ou la surveillance de la personne, direction lorsque le tuteur ne se trouve pas en face d'une hadina, surveillance seulement quand le droit de hadana est exercé ; 2° la gestion ou administration des biens du mineur.

**469.** Cette administration était confiée, dans les temps antéislamiques, à des tuteurs pris le plus souvent parmi les membres

de la famille ; mais l'absence de toute autorité publique et le défaut absolu de surveillance et de contrôle permirent facilement aux tuteurs de dépouiller leurs pupilles, de s'approprier leurs biens.

**420.** Le Prophète condamna ces pratiques en termes énergiques :

« Restituez aux orphelins devenus majeurs leurs biens ; ne « substituez pas le mauvais (de vos propres biens) au bon qui « leur appartient ; ne consumez pas leur héritage en le confondant « avec le vôtre ; c'est un crime énorme (1). »

Il défendit au tuteur de distraire une part quelconque des biens des mineurs.

« Ne touchez point aux biens des orphelins, si ce n'est en bien (2).

« N'y touchez pas à moins que ce soit d'une manière louable « pour les accroître (3). »

Il voulut que la tutelle fût gratuite :

« Que le tuteur riche s'abstienne de toucher aux biens de ses « pupilles. Celui qui est pauvre ne doit en user qu'avec discré- « tion (4). »

Il imposa au tuteur l'obligation de rendre compte :

« Remplissez vos engagements, car on vous en demandera « compte (5), et un compte public. »

« Au moment où vous leur remettrez leurs biens, faites-vous « assister par des témoins (6). »

Et il compléta l'organisation de la tutelle par la surveillance déférée aux kadis.

Tels sont les préceptes qui servent de base à la partie de la législation musulmane relative à la tutelle.

Entrons maintenant dans les détails.

**421.** Le tuteur désigné en première ligne, celui dans lequel la loi place d'abord sa confiance, c'est le père de famille. « Le père de famille, porte le texte (7), est le tuteur de ses enfants mi-

(1) Koran Sourate IV, v. 2.
(2) Koran Sourate IV, v. 156.
(3) Koran Sourate XVIII, v. 36.
(4) Koran Sourate IV, v. 6.
(5) Koran Sourate XVIII, v. 36.
(6) Sourate IV, v. 7.
(7) Texte, p. 48.

neurs. » Et il exerce sa tutelle non-seulement pendant le mariage, mais encore après sa dissolution, lorsque cette dissolution a eu lieu par décès de la mère, par le divorce ou la répudiation.

**472.** A défaut du père, les Hanafites accordent la tutelle en seconde ligne aux plus proches parents. « L'aîné des enfants du « défunt, dit Mouradja d'Ohsson (1), est le tuteur naturel de sa « famille et l'exécuteur des volontés testamentaires. »

« Si tous les fils sont mineurs, ce droit appartient au frère du « défunt, et, à défaut, au plus âgé des héritiers collatéraux de « la ligne masculine. »

Quant aux Malékites, ils ne reconnaissent pas la tutelle légale des proches parents, et la Cour d'Alger a consacré leur doctrine dans son arrêt du 11 octobre 1870, rendu à l'encontre d'un aïeul paternel.

« Attendu, porte cet arrêt, que el Arbi est bien le ouali de « Hanifa, mais qu'il ne justifie pas avoir été institué le tuteur « testamentaire de ses petits-enfants, que dès lors la tutelle « appartient au kadi. »

Les Malékites admettent cependant que la tutelle des proches parents est une tutelle naturelle (expression employée par plusieurs auteurs et reproduite dans un jugement du kadi d'Aumale en date du 20 avril 1866). Ils engagent, en conséquence, les kadis à choisir les Mokkadem dans la famille du défunt, et, en fait, c'est ce qui a généralement lieu.

**473.** A défaut du père (dans le rite malékite), du père et des proches parents (dans le rite hanafite), la tutelle est dévolue au tuteur testamentaire désigné par le père de famille.

« A défaut du père ou en son absence, porte le texte (2), la tutelle passe au ouaci. »

Mouradja d'Ohsson dit de son côté (3) : « Si le père ne laisse « ni enfants ni héritier légitime, ou si aucun d'eux n'est majeur, il « peut nommer un ouaci tuteur ou exécuteur testamentaire. »

**474.** Pour être valable, cette dévolution doit être faite :

1° Par le père jouissant de toute sa raison. C'est donc à bon droit que le kadi de Tlemcen a, par jugement du 30 décembre

(1) T. V, p. 312.
(2) Texte, p. 48.
(3) T. V, p. 312.

1863, refusé d'admettre une tutelle testamentaire que l'on prétendait avoir été déférée par un père en état d'imbécillité et qui depuis longtemps déjà se trouvait dans l'impossibilité de conduire ses propres affaires ;

2° Au profit d'une personne musulmane, majeure et douée de sa raison (1). Les Hanafites décident en conséquence que la différence de religion détruit le droit de tutelle légale que donne la parenté (2).

**425.** Mais dans ces conditions le père peut désigner, à sa volonté, un homme ou une femme, la mère, par exemple, un parent ou un étranger à la famille, sans avoir à faire connaître les motifs de sa préférence. Et son choix ne saurait être attaqué par les enfants ni repoussé par le kadi. Les jurisconsultes enseignent même que si la tutelle avait été conférée à un mokkadem, cette tutelle devrait cesser et le ouaci reprendre l'administration des biens des mineurs dès qu'il aurait justifié de ses droits.

Et la jurisprudence a consacré cette doctrine. Voici en effet la copie d'un jugement rendu le 30 juin 1862 par le kadi de Cherchell et confirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 29 janvier 1863 :

« Lorsque le défunt Abderrhaman demeurant en territoire civil est mort, il a laissé pour héritiers ses deux enfants mineurs Mohammed et Yamina.

« Le kadi a déclaré en présence de ses adouls, qu'il constituait, pour mandataire ou mokkadem desdits mineurs leur oncle maternel Mohammed bel Hadj, connu dans le public sous le nom de bel Adjouza, demeurant à Cherchell. Plus tard est intervenu l'oncle paternel des mineurs, si Ahmed, spahis, lequel a déclaré que son frère Abderrhaman lui avait confié la tutelle testamentaire de ses enfants.

« Une contestation s'est élevée à ce sujet entre lui et Mohammed bel Hadj. Si Ahmed a produit un acte écrit par el Hadj Mohammed el Hendi, kadi des Beni-Menasser et portant sa signature et l'empreinte de son cachet, lequel acte contient la déposition des témoins constatant que le défunt Abderrhaman avait nommé son frère tuteur de ses enfants Mohammed et Yamina.

(1) Perron, traduction de sidi Khalil, t. VI, p. 312-313.
(2) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 265.

« Lorsque le kadi eut lu attentivement cet acte, se guidant par la voie lumineuse et droite, il prit ses assesseurs à témoin qu'il rendait un jugement par lequel il retirait à Mohammed bel Hadj les pouvoirs qu'il lui avait précédemment donnés et maintenait dans la tutelle testamentaire si Ahmed susdésigné, conformément à la doctrine de sidi Khalil, Abd el Baqui et autres jurisconsultes. »

**476.** Le tuteur testamentaire est nommé quelquefois par acte reçu directement par le kadi, mais, le plus souvent, par une déclaration faite en présence de témoins.

Ce dernier mode de nomination a été consacré par la jurisprudence, notamment :

1° Par jugement du tribunal supérieur d'Alger du 20 juin 1836, portant :

« Attendu qu'il n'est pas dénié que sidi Hamdam a, peu de « jours avant sa mort et conformément à ce que lui permettait « la loi musulmane, désigné Mustapha comme tuteur de son fils « Ismaïl, qu'il en a fait la déclaration devant témoins, et qu'il en « a été dressé acte devant le kadi (acte de notoriété).

2° Par un jugement rendu le 5 mai 1868 par le kadi de la 14ᵉ circonscription judiciaire d'Alger, validant une tutelle testamentaire établie par des témoins disant :

« Que le défunt, Tahar, quelque temps avant sa mort, se « trouvant dans l'état légal voulu, avait déclaré en leur présence « que lorsque le temps assigné à ses jours par les décrets divins « serait venu, et que le Dieu vivant et éternel l'aurait reçu dans « le sein de sa miséricoode, il donnait à son père Ali le pouvoir « de tutelle sur ses enfants à l'effet de le représenter après sa « mort; voulant que ses enfants soient sous la surveillance et « l'autorité de son père Ali jusqu'à leur majorité ou leur émanci- « pation. »

3° Par arrêt de la Cour d'Alger du 6 juillet 1868 confirmatif du jugement ci-dessus.

**477.** Voilà donc le père de famille qui a désigné un tuteur à ses enfants. Mais ce tuteur est-il tenu d'accepter la tutelle ? Est-ce pour lui une charge publique, une fonction obligatoire ? Non, tous les rites le déclarent en termes formels : « Tout homme est « libre d'accepter ou de refuser une tutelle, dit Mouradja

« d'Ohsson (1). Le tuteur testamentaire, porte aussi le texte de « sidi Khalil (2), a la faculté de renoncer à la fonction qui lui est « déférée quand même il l'aurait précédemment acceptée. » Les auteurs font cependant une distinction entre le cas où la renonciation a lieu du vivant du père et celui où cette renonciation n'intervient qu'après sa mort; mais cette distinction n'est plus admise dans la pratique, l'intérêt des enfants s'opposant à ce que l'on maintienne la tutelle entre les mains de ceux qui ne veulent ou ne peuvent pas y donner leurs soins.

**478.** A défaut de père (de proches parents chez les Hanafites) et de tuteur testamentaire, la tutelle est dévolue au kadi.

La tutelle passe en troisième lieu au kadi, porte le texte (3). « Elle est déférée, dit Mouradja d'Ohsson (4), au magistrat qui « embrasse de sa tutelle générale tous les habitants de sa juri- « diction. »

**479.** Et ce n'est point là une tutelle que celui qui en est investi puisse refuser. « La tutelle attribuée aux kadis par la loi musulmane, dit fort bien l'arrêt de la Cour d'Ager du 4 juillet 1870, est un devoir d'ordre public inhérent à la fonction et dont ils ne peuvent se démettre ni répudier la responsabilité. »

Le 14 mai 1872, la Cour á rendu un second arrêt dans le même sens, il porte : « Attendu qu'en l'absence de tuteur testamentaire, le kadi de la 3ᵉ circonscription judiciaire a été investi de plein droit de la tutelle des mineurs el Seraï;

« Qu'aux termes de la loi musulmane, le tuteur légal ne peut pas se démettre de la tutelle et s'affranchir des obligations qu'elle impose. »

**480.** Le kadi est donc le tuteur légal de tous les mineurs qui, dans sa circonscription, n'ont ni père, ni mère, ni tuteur testamentaire; mais il ne saurait suivre utilement toutes ces tutelles, aussi nomme-t-il généralement, pour la gestion et l'administration de chacune d'elles, un ou plusieurs mokkadem qui portent improprement le nom de tuteurs. Le mokkadem n'est, en effet, ainsi que l'a reconnu l'arrêt de la Cour d'Alger du 14 mai 1872,

(1) T. V, p. 265.
(2) Texte, p. 84.
(3) Texte, p. 48.
(4) T. V, p. 265.

que le mandataire, le fondé de pouvoirs du kadi, agissant sous sa surveillance et sa responsabilité.

Le kadi, par la nomination du mokkadem, ne perd aucun de ses droits et n'est affranchi d'aucune de ses obligations. « La désignation par lui d'un mokkadem pour l'administration des biens, porte l'arrêt du 4 juillet 1870, n'est qu'une délégation partielle de ses attributions, un mandat spécial qui ne porte aucune atteinte à son autorité, à ses droits et à ses devoirs comme tuteur. » Et l'on comprend, dès lors, puisque la responsabilité du kadi est toujours engagée, qu'il ait le droit et même le devoir d'interjeter personnellement appel de toute décision qu'il croit contraire aux intérêts bien compris du mineur (1) ou d'imposer au mandat qu'il confère au mokkadem les conditions que conseillent les intérêts des mineurs et sa propre sécurité (2).

**481.** Quant à la mère, aucun des rites ne lui accorde la tutelle légale. Il a en conséquence été jugé que la mère est sans droit à demander la tutelle de ses enfants lorsque son mari ne la lui a pas confiée par disposition testamentaire (kadi de la 16e circonscription judiciaire de Constantine, jugement du 20 octobre 1861), ou que le kadi ne la lui a pas confiée d'office. — Cour d'Alger, arrêt du 3 juin 1866.

**482.** Et il en est ainsi alors même que la mère serait une Française mariée en France et devant l'officier de l'état civil français à un musulman.

« Attendu, porte le jugement rendu par le tribunal supérieur « d'Alger le 20 juin 1836, que s'agissant de la tutelle d'un mi- « neur musulman, ce n'est pas à la loi française, mais à la loi « musulmane seule qu'il convient de s'en référer;

« Que cette loi n'accorde à la mère que des droits de maternité « à l'égard de ses enfants mineurs ;

« Qu'admettre la dame Zabel à la tutelle légale, ce serait mé- « connaître le droit qu'aurait si Hamdan de désigner un tuteur « à ses enfants ;

« Par ces motifs : »

**483.** Il a été décidé toutefois par la Cour d'Alger que la mère,

(1) Arrêt du 4 juillet 1870.
(2) Termes de l'arrêt précité du 14 mai 1872.

quoique non investie de la tutelle, a cependant le droit de soutenir une action au nom de ses enfants. mineurs, et qu'un frère peut demander au nom de sa sœur mineure la nullité des actes qui lui portent préjudice; mais ce sont là des décisions de fait rendues dans l'intérêt du mineur, autorisées jusqu'à un certain point par l'inaction du tuteur, mais qu'il serait fort imprudent de prendre pour règle.

Voici, au surplus, les deux décisions :

La première, du 26 janvier 1853, est ainsi conçue :

« Considérant que si la femme, en droit musulman, ne peut « être investie, même en cas de mort du mari, de la tutelle de « ses enfants, son état d'infériorité n'est point tel que dans le « silence et l'oubli de tous, elle ne puisse défendre utilement « ceux qui sont sous sa garde et qui, selon l'expression de la loi « romaine, ne sauraient se défendre eux-mêmes à raison de la « faiblesse de leur âge ;

« Considérant d'ailleurs que le droit musulman n'offre aucune « trace de la maxime : nul, excepté le prince, ne plaide par « procureur ;

« Par ces motifs,

« Déclare recevable, etc. »

La seconde décision, du 14 juin 1854, porte :

« Attendu que Mustapha ben Ahmed a la procuration de sa « sœur Fathma, mais que, ne l'eût-il pas, il n'aurait pas moins « le droit, aux termes de la loi musulmane, de venir, au nom de « sa sœur mineure, demander la nullité de tous les actes qui « peuvent lui préjudicier :

« Déclare Mustapha ben Ahmed recevable. »

**481.** La tutelle établie, voyons quels sont les droits et les devoirs des tuteurs.

D'après sidi Khalil (1), le tuteur est tenu de recouvrer les créances dues au mineur, de fournir à ses dépenses, de faire fructifier ses biens en les mettant en société ou autrement, et de payer l'impôt. Ces obligations s'étendent à tous les tuteurs et peuvent se résumer dans les dispositions suivantes, que nous empruntons à l'article 450 du Code civil français : « Le tuteur représente le mi-

(1) Texte, p. 48 et Perron, t. VI, p. 317-318.

neur dans tous les actes civils ; il administre ses biens en bon père de famille et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion (1). » En conséquence, le tuteur est le mandataire légal du mineur, et les actes d'administration passés par lui, ont la même force que s'ils avaient été passés par le mineur devenu majeur. Il prend en charge tous les biens des mineurs tels qu'ils sont estimés dans l'inventaire qui est ordinairement dressé. Il perçoit les revenus de son pupille, les créances et capitaux qui lui sont dus, il en donne quittance. Il passe des baux suivant les usages des lieux. Il peut faire emploi des sommes qu'il a touchées pour le compte du mineur.

Par contre, la loi lui défend d'accorder le pardon sans amende, pour crime ou délit commis envers le mineur. Elle lui défend aussi d'acheter les biens du mineur sans l'autorisation du kadi, à moins qu'il ne s'agisse d'objets d'une valeur ne dépassant pas 3 dinars (2). Le tuteur a la faculté de renoncer pour son pupille à l'exercice du droit de chefa' (retrait), et, dans ce cas, la prescription court contre le mineur comme vis-à-vis d'un majeur (3).

485. En ce qui touche la vente des biens des mineurs, il faut distinguer : Le tuteur est-il le père des enfants? Il a le droit de les aliéner sans être tenu de faire connaître les causes de cette aliénation (4) et sans la participation du kadi. Le tuteur tient-il ses pouvoirs du chef de famille? Les auteurs sont divisés, les uns pensent qu'il a les mêmes pouvoirs que le père, les autres qu'il ne peut vendre les biens des mineurs qu'après avoir justifié de l'une des causes spécifiées ci-après et par acte passé devant le kadi. Cette dernière opinion est admise le plus généralement.

Enfin la tutelle appartient-elle au kadi et est-elle exercée par lui ou par un mokkadem? La vente ne peut avoir lieu que lorsqu'elle est avantageuse et par voie d'adjudication aux enchères publiques. « Le tuteur, porte le texte (5), pourra vendre tous les biens sans

(1) Toullier, n°s 1188 et suiv.
(2) Texte, p. 48 et 49.
(3) Perron, t. VI, p. 318.
(4) Texte, p. 48.
(5) Texte, p. 48.

distinction, mais à la charge par lui de constater : 1° que le pupille est orphelin ; 2° qu'il n'a pas de ouaci désigné ; 3° que l'orphelin est propriétaire des biens à vendre ; 4° que cette aliénation est avantageuse pour le mineur ; 5° que les enchères ont été ouvertes à plusieurs reprises ; 6° qu'il n'y a plus de surenchérisseurs ; 7° que la valeur de l'objet mis en vente est atteinte. »

Quant au tuteur officieux, que ce soit un aïeul, un parent ou un étranger, qui a pris soin de l'orphelin, sans être investi de la tutelle, la loi ne l'autorise à vendre les biens du mineur que lorsqu'ils sont de peu de valeur.

**486.** Voilà pour la vente des biens en général ; mais lorsqu'il s'agit d'immeubles, la loi n'en permet l'aliénation que pour des causes déterminées que le texte indique en ces termes (1) : « 1° Besoin d'argent ; 2° vente avantageuse ; 3° impôts grevant les immeubles ; 4° indivision ; 5° diminution des revenus. »

« La vente est encore autorisée lorsque les biens-fonds sont situés en pays tributaires ; dans un voisinage dangereux ; lorsque le copropriétaire désire vendre sa part et que l'orphelin n'a pas les ressources suffisantes pour l'acheter ; lorsqu'on craint une dépréciation, par suite de déplacement de population ; lorsque l'immeuble tombe en ruines (2). » Dans ce dernier cas, la vente est forcée, elle doit avoir lieu dans les meilleures conditions possibles, que le mineur ait ou non d'autres biens pour suffire à ses besoins.

**487.** Lorsque le père ou le kadi ont nommé plusieurs tuteurs ou mokkadem, ceux-ci doivent agir d'accord entre eux et s'en référer au kadi en cas de divergence, alors surtout que cette divergence peut nuire aux intérêts des mineurs (arrêt du 12 décembre 1838). Ils sont, du reste, tous responsables des pertes qui pourraient survenir aux biens de leurs pupilles, et ce, quoique chacun d'eux se soit chargé, en dehors de l'acte constitutif de tutelle, de l'administration d'une partie seulement de la fortune des mineurs. Si la surveillance et l'administration, dit sidi Khalil (3), ont été partagées et scindées par les tuteurs, tous sont garants des pertes.

(1) Texte, p. 49.
(2) Texte, p. 49.
(3) Perron, t. V, p. 320.

**488.** En thèse générale, tout tuteur qui veut faire un acte qui dépasse les bornes d'une simple administration, est tenu de s'adresser au kadi et de se faire autoriser par lui.

Mais cette autorisation obtenue, l'acte devient régulier et est opposable aux mineurs. C'est ainsi, pour ne citer que deux exemples de l'application de ce principe par la jurisprudence algérienne, qu'il a été décidé que le mineur ne pouvait se refuser à payer les sommes que son tuteur avait empruntées avec l'autorisation du kadi (arrêt du 14 juin 1854), ni critiquer un compte de tutelle régulièrement reçu et approuvé par l'autorité judiciaire. — Arrêt du 14 juin 1862.

**489.** Le kadi, en sa qualité de juge, est donc appelé à homologuer les actes les plus importants passés par les tuteurs; quant aux autres, à ceux de simple administration, il a le droit de les surveiller et de les contrôler. Son autorité, dit Mouradja d'Ohsson, s'étend sur tous les tuteurs sans exception (1), mais elle s'exerce d'une manière différente. Lorsque le tuteur est en même temps le père du mineur, le rôle du kadi se borne à faire des observations, à donner des conseils, à moins cependant que le père ne soit d'une inconduite notoire ou qu'il ne dilapide la fortune de ses enfants, auquel cas le kadi peut s'opposer à la vente des immeubles appartenant aux mineurs.

Lorsque la tutelle est administrée par un ouaci ou un mokkadem, le kadi doit se faire rendre compte de la gestion du tuteur aussitôt qu'il y a pour lui juste motif de craindre que les intérêts des mineurs soient compromis, et il peut nommer un surveillant ou un cotuteur et même destituer le tuteur inhabile ou infidèle.

« Si le tuteur testamentaire devient irréligieux et homme de mauvaises mœurs, il doit être révoqué, » dit sidi Khalil (2). « Le kadi, dit aussi Mouradja d'Ohsson (3), a le droit d'inspecter l'administration du tuteur, de lui nommer un cotuteur et même de le destituer en cas d'infidélité et de lui substituer un tuteur plus habile et plus intègre. » Ibn el Assem : « Tout tuteur peut être révoqué sur preuves reconnues valables. » Cheikh Tsouli :

(1) T. V, p. 313.
(2) Perron, t. VI, p. 313.
(3) T. V, p. 313.

« Le kadi peut retirer la tutelle lorsque le tuteur a commis des actes d'improbité ou qu'un dérangement est survenu dans ses facultés. »

**490.** Le droit pour le kadi de demander au tuteur compte de sa gestion pendant la tutelle, et même de lui imposer cette reddition de compte à époques déterminées, a été d'abord repoussé par un arrêt de la Cour d'Alger du 5 avril 1865, portant qu'il n'y a pas lieu pour le tuteur de rendre des comptes tant qu'il conserve la tutelle : mais cette jurisprudence, contraire à la doctrine des auteurs, n'a pas tardé à être abandonnée, et le droit du kadi a été reconnu et consacré par des décisions postérieures, notamment par un jugement du kadi de la Mitidja, du 17 septembre 1871, confirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 14 mai 1872.

Voici la teneur du jugement :

Le magistrat (le kadi) chargea si Ali el Seraï de veiller sur tous ses frères et sœurs et de gérer leurs intérêts dans la présente année, et lorsque l'année sera écoulée, ledit magistrat lui fera rendre compte de ses actes de gestion relatifs auxdits mineurs, pour ce qui regarde les travaux de culture, la location des immeubles, afin de connaître sa manière d'agir, et s'il trouve qu'il est à la hauteur de son mandat, il continuera de lui laisser la gestion des intérêts de ses frères et sœurs, et chaque année il lui fera rendre compte.

L'arrêt confirmatif dispose :

« Attendu qu'il est permis au kadi de confier à un mokkadem « la gestion des biens des mineurs, mais que le mokkadem n'est « que le mandataire du kadi, son fondé de pouvoirs agissant sous « sa surveillance et sa responsabilité, et que dès, lors, le kadi « a le droit de mettre au mandat qu'il confère toutes les conditions que lui paraissent commander les intérêts du mineur et « sa propre sécurité ;

« Que le kadi, en nommant Ali mokkadem des mineurs el Seraï, « et en lui imposant l'obligation de rendre compte tous les ans « de son administration, n'a point excédé ses pouvoirs..... ; con- « firme. »

**491.** Quant au droit de révocation, il a été exercé notamment :

Contre le tuteur qui a dépensé pour ses besoins personnels des sommes appartenant à son pupille. — Kadi de Djedjelli, jugement du 10 septembre 1862 ;

Contre celui qui a gaspillé les biens de son pupille et s'en est servi, soit pour faire des prêts, soit pour traiter de nombreux convives et se livrer à des prodigalités. — Kadi malékite d'Alger, jugement du 23 septembre 1862 ;

Contre celui qui a reçu de l'argent pour ne pas exercer au nom de son pupille le droit de chefa'. — Arrêt de la Cour d'Alger du 10 février 1864 ;

Contre celui qui a dissipé au préjudice de son pupille une somme d'argent,

Qui a vendu un terrain sans le remplacer par un autre,

Qui a cédé pour 25 francs une selle brodée d'une valeur de 1,000 francs,

Qui a prêté un faux serment relativement à son administration, — Kadi de Tenès, jugement du 23 décembre 1864; Cour d'Alger, arrêt du 27 juin 1865 ;

Contre celui qui a eu recours à la captation pour se faire attribuer une tutelle testamentaire. — Cour d'Alger, arrêt du 27 février 1865 ;

Contre celui qui a mal géré les biens du pupille : « Attendu, « porte l'arrêt du 30 juin 1866, que la tutelle même conférée par « le père peut être enlevée au tuteur par des motifs de mauvaise « administration justifiés ;

« Contre celui qui a caché une partie des valeurs de la succes- « sion et qui, en agissant ainsi, n'avait pour but que de soustraire « ou détourner des sommes revenant à son pupille. » — Kadi de la 3e circonscription judiciaire d'Alger, jugement du 12 décembre 1870;

Contre la mère nommée tutrice qui s'est remariée et dont le nouveau mari n'offre aucune garantie pour la bonne administration des biens des mineurs. — Kadi de Mascara, jugement du 19 mars 1866;

Contre la mère tutrice dont l'inconduite est notoire. — Kadi de la 89e circonscription de Constantine, jugement du 19 mai 1866 ; Cour d'Alger, arrêt du 20 août 1866.

Le droit de révocation s'étend à tous les tuteurs, même au père de famille, ainsi que l'a consacré un jugement du kadi de Constantine du 10 mars 1864, portant : « Le kadi a nommé l'hono- « rable Mohamed ben Braham, tuteur de Aïcha bent Ahmed, vu « son jeune âge et l'abandon dans lequel se trouvent ses intérêts « par suite de la prodigalité ou de l'inaptitude de son père. »

**492**. Mais ce droit ne peut pas s'exercer sans motifs, la doctrine a même tracé quelques règles pour mettre les tuteurs à l'abri de l'arbitraire : « Quiconque, dit Ibn el Assem, a reçu du kadi « un mandat conféré d'office, ne peut être licitement changé ; de « même il ne peut être révoqué que sur preuves reconnues valables « et légales. » Le cheik Tsouli est plus explicite : « Il n'est pas « admis, dit-il, que le tuteur d'office qui a reçu son mandat d'un « kadi se démette de ses pouvoirs lui-même, ni que le kadi lui « retire les pouvoirs qu'il lui a conférés, à moins qu'il ne soit « fourni des preuves d'actes d'improbité ou de dérangement « survenu dans ses facultés intellectuelles. » Et le kadi malékite d'Alger n'a fait que confirmer l'opinion de ces deux jurisconsultes en disant, dans un jugement du 14 juillet 1872, que la révocation ne pouvait être prononcée que lorsqu'il y avait des griefs reconnus, des actes d'improbité, c'est-à-dire des actes injustes commis par le tuteur dans l'exercice de ses fonctions.

La jurisprudence est entrée dans la même voie. Les kadis de Constantine, de Mostaganem et d'Alger ont refusé de destituer des tuteurs contre lesquels il n'était articulé aucun acte de fraude ou de mauvaise administration, et leurs décisions, frappées d'appel, ont été confirmées par la Cour d'appel d'Alger suivant arrêts des 28 octobre 1862, 2 février 1864, 29 juillet 1872.

**493**. La tutelle prend fin : 1° par la mort du tuteur ou du pupille ; 2° par l'expiration du délai s'il y en a eu un de fixé ; 3° par la destitution du tuteur ; 4° par l'émancipation ou la majorité du pupille.

**494**. Le tuteur est tenu, lorsque cesse la tutelle, de rendre compte de sa gestion ; ce compte est rendu au pupille s'il est devenu majeur, et au kadi s'il est encore en minorité. — Arrêt du 14 juillet 1862.

Il comprend à l'actif les sommes touchées et les fruits perçus pendant toute la durée de la tutelle, et au passif les dépenses ou

avances faites par le tuteur dans l'intérêt du pupille, pour subvenir à ses besoins ou pour procéder à son mariage.

Ainsi, des difficultés s'étant élevées entre Djemaa et son pupille, le kadi des Beni Sliman, saisi de la contestation, statua en ces termes, par jugement du 19 février 1873 :

« Nous avons fixé les revenus du pupille à soixante-douze francs « et avons décidé que cette somme se compenserait avec celle re- « présentant les frais alimentaires et ceux d'entretien du pupille, « en sorte qu'aucune des parties n'aura rien à réclamer à l'autre, « c'est-à-dire que Djemaa n'aura aucun recours à exercer contre « le mineur pour les frais alimentaires auxquels il a pourvu, et « que le mineur non plus ne pourra pas réclamer à son ex-tuteur « les soixante-douze francs que celui-ci a touchés pendant le cours « de la tutelle. »

Dans une instance ouverte devant le kadi de Tlemcen, la femme Fathma exposa qu'elle était restée orpheline à l'âge de deux ans, qu'elle avait été placée jusqu'à vingt ans sous la tutelle de Douaoudi Ould Kada Triki, qu'elle s'était alors mariée, et que, maîtresse de ses droits depuis longtemps, elle réclamait la part lui revenant dans la succession de son père. Le tuteur opposa à la demande qu'il y avait compte à faire ; que s'il avait touché le revenu des immeubles revenant à Fathma, il avait, d'un autre côté, pourvu à ses frais d'entretien et aux dépenses de noces et de trousseau, et le kadi, par jugement du 24 juillet 1862, reconnut que cette réclamation était fondée, et sa décision, soumise à l'approbation de la Cour, fut confirmée par deux arrêts, l'un du 7 août 1863, l'autre du 10 novembre 1864.

Toutefois, le tuteur ne saurait faire entrer en ligne de compte que les dépenses utiles et faites en bon père de famille Aussi la Cour d'Alger a-t-elle, par arrêt du 10 novembre 1864, réduit la demande d'un tuteur, pour nourriture et entretien, frais de noces de sa pupille, de 738 à 250 francs, en se fondant sur ce que les dépenses doivent être proportionnées aux ressources des mineurs, et que, dans l'espèce, la dépense de 738 francs devait être considérée comme un acte de prodigalité qui devait rester à la charge du tuteur.

**195.** L'établissement de ce compte présente quelquefois des difficultés, eu égard au peu d'importance des biens des mineurs, à

l'absence d'inventaire ou de justification de dépense, et aux contestations qui s'élèvent entre le tuteur et le pupille devenu majeur.

A défaut de preuves, la loi admet alors deux présomptions ou deux règles : l'une portant que, lorsqu'il n'y a pas eu d'inventaire dressé, le tuteur est cru, en ce qui concerne l'importance des biens qu'il a été chargé d'administrer, sur sa seule affirmation :

L'autre que, si une contestation s'élève entre le tuteur et le pupille devenu majeur sur la restitution que le tuteur prétend avoir faite. c'est à la déclaration du pupille qu'il faut s'en rapporter. Sidi Khalil dit en effet (1) : « La parole du pupille fait foi lorsqu'il réclame la restitution de ses biens et que le tuteur prétend les lui avoir remis en disant par exemple : Je t'ai remis ton patrimoine dès que tu as été émancipé ou en âge de majorité. »

**496.** Par suite de l'établissement du compte, le tuteur peut être créancier de son pupille; mais cette qualité, alors même qu'elle serait reconnue ou judiciairement constatée, ne l'autorise point à conserver ou à retenir entre ses mains, à titre de gage, les biens appartenant aux mineurs. — Le Koran ordonne en effet aux tuteurs de restituer les biens des orphelins, et la Cour d'Alger a décidé que cette obligation était impérative, qu'elle devait être effectuée dans tous les cas, sauf au tuteur à se pourvoir devant le kadi en payement des sommes qui peuvent lui être dues. — Arrêt du 10 novembre 1864.

**497.** Le kadi est seul compétent pour connaître des difficultés résultant des tutelles; cette compétence résulte pour lui des principes généraux de l'organisation judiciaire chez les musulmans et d'une disposition spéciale de la loi. « Le kadi, dit sidi Khalil (1), prononce sur les contestations qui concernent les tutelles et les intérêts des pupilles. »

**498.** Et le kadi compétent, celui devant qui l'action sera valablement portée et qui pourra statuer, sera celui du domicile du mineur, c'est-à-dire celui de son tuteur ou de sa mère, suivant qu'en fait il sera confié à la garde de l'une ou de l'autre. C'est

(1) Texte, p. 49.

là ce qu'a décidé la Cour d'Alger par un arrêt récent, celui du 29 juillet 1872, rendu dans les circonstances suivantes :

El Hadj Mohamed ben Zer'ouda, demeurant à Blida, s'étant rendu à Alger, y mourut subitement laissant une veuve et un jeune enfant mineur. La veuve, consultée, déclara que son intention était de se rendre auprès de sa famille, qui habitait Alger, et d'y emmener son enfant, dont la garde lui était confiée. Elle changea en effet de domicile, et le kadi d'Alger désigna un tuteur. La veuve se pourvut contre cette nomination; elle soutint que le kadi d'Alger était sans qualité pour s'occuper de la tutelle, que c'était au magistrat de Blida, et à lui seul, comme juge du domicile où s'était ouverte la succession, qu'il appartenait de pourvoir à la nomination d'un mokkadem; mais en présence des circonstances de fait que nous venons de rappeler, et s'appuyant sur ce que Zer'ouda n'avait laissé aucun immeuble à Blida, que tous les intérêts du mineur étaient concentrés à Alger, le kadi de cette ville se déclara compétent, et sa décision fut confirmée par l'arrêt sus-indiqué du 29 juillet 1872.

---

## CHAPITRE XIX.

### DE LA MAJORITÉ.

---

SOMMAIRE.

499. Deux majorités en droit musuman.
500. Le Koran ne fixe pas l'époque à laquelle l'une ou l'autre est acquise.
501. Majorité relative à la personne. — Traditions.
502. Cette majorité s'acquiert par la puberté. — Moyen de la reconnaître et de la constater.
503. Age fixé par les divers rites.
504. Effets de cette première majorité.
505. La seconde majorité, celle relative aux biens, s'acquiert par l'émancipation.
506. Par qui peut-elle être accordée?
507. Père de famille.
508. Tuteur testamentaire.
509. Kadi.
510. Les mineurs ont le droit de provoquer leur émancipation.

**499** Il y a, en droit musulman, deux majorités correspondant, l'une à l'administration de la personne, l'autre à l'administration des biens.

**500.** Le Koran n'indique pas l'âge auquel l'une et l'autre sera acquise ni les signes auxquels on les reconnaîtra.

**501.** En ce qui concerne la majorité relative à la personne. les traditions ne concordent pas; l'une d'elles rapporte que le Prophète admit un jeune homme de quinze ans à prendre sa part de butin, ce qui le fit considérer comme apte à porter les armes et, par suite, le rendit majeur. Une autre établit que l'imam Malek, le fondateur du rite, déclara qu'un jeune homme qui lui était présenté n'aurait sa puberté qu'après l'accomplissement de sa seizième année. Une troisième, enfin, constate qu'un des disciples immédiats de Malek, Bel Kassem, exigea qu'un individu eût atteint sa dix-huitième année avant de le déclarer majeur.

**502.** Ces traditions indiquent clairement que, dans la pensée des fondateurs de la loi musulmane, la majorité s'acquiert par la puberté. Celle-ci varie chez chaque individu suivant le développement de la nature, aussi les jurisconsultes ont-ils été conduits à rechercher les signes physiques qui la caractérisent, et ils ont indiqué chez la femme l'apparition des signes périodiques de son sexe (1), chez l'homme la naissance de la barbe (2), la voix forte (3), la constitution virile (4). El Bozoli et el Kharchi se sont arrêtés à un mode de constatation tout différent, que nous rapportons d'après Perron (5) : « Des juristes assurent que si l'on prend un fil, qu'on le passe, appliqué par derrière le cou, de manière à réunir et à faire saisir ensuite les deux extrémités entre les dents de l'individu soumis à l'expérience, et qu'ensuite la tête de cet individu puisse traverser le cercle fourni par le fil, la puberté est acquise. »

(1) Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 269.
(2) Ibn el Arbi.
(3) El Karafi.
(4) El Hadjeb.
(5) T. IV, p. 60.

Ce moyen de constater la puberté était employé au collége arabe-français d'Alger pour reconnaître quels étaient ceux des élèves qui devaient observer le jeûne du Ramadan; mais il ne résulte d'aucun des documents judiciaires que nous avons consultés qu'il soit en usage chez les kadis. Nous avons trouvé, au contraire, que les magistrats faisaient comparaître devant eux l'individu dont l'état était contesté et qu'ils décidaient, en présence de leurs adouls, avec ou sans attestation de témoins, que la puberté était ou non acquise. C'est ce qu'ont fait notamment le kadi de Tlemcen, par jugement du 25 mars 1865, portant : « Attendu qu'en présence de ses assesseurs et des témoins susdésignés le kadi a constaté par lui-même que X... était encore jeune « et n'avait pas encore atteint l'âge de puberté; » et le kadi de Constantine, par jugement du 22 mai 1865 : « Attendu qu'il a été « constaté par nous d'une manière certaine que Abd el Kader « ben..... a atteint l'âge de puberté. » Ces deux jugements, déférés à la Cour d'Alger, ont été, par adoption des motifs qui avaient déterminé les premiers juges, confirmés par arrêts des 28 juin et 4 novembre 1865.

**503.** On admet cependant, en thèse générale, que la majorité est acquise chez les Hanafites à quinze ans révolus et chez les Malékites à dix-huit ans.

« A défaut d'indications physiques, porte la moultéka d'Ibrahima, la majorité pour les deux sexes est fixée à quinze ans accomplis. »

« L'enfant, dit sidi Khalil (1), est en minorité jusqu'à ce qu'il « ait atteint sa puberté, dont les principaux caractères sont..... « l'âge de dix-huit ans accomplis. »

**504.** Les effets de cette puberté nous sont connus. Nous savons, en effet (ci-dessus, nos 16, 21), que chez les Hanafites la puberté rend l'homme et la femme maîtres de leur personne et aptes à se marier, par le fait seul de leur consentement, et que chez les sectateurs de Malek le même effet se produit aussi à l'égard des enfants mâles; les filles restent, il est vrai, jusqu'à leur mariage sous la puissance paternelle, mais cette première majorité n'est pas toujours pour elles sans importance, puisque c'est à partir

(1) Texte, p. 48.

de cette majorité seulement qu'elles peuvent se marier lorsqu'elles ne sont pas soumises au droit de djebr (ci-dessus, n° 4).

X **505.** Quant à la seconde majorité, celle qui permet au mineur de disposer de ses biens, elle n'est acquise pour lui que par l'émancipation.

**506.** Cette émancipation est accordée, mais dans des conditions différentes, par le père, par le tuteur testamentaire, par le kadi.

**507.** Le père a un pouvoir presque absolu. La loi s'en remet à son expérience et à son affection du soin de déterminer l'époque à laquelle ses enfants ont acquis l'intelligence et la capacité voulues pour administrer personnellement leurs biens. En ce qui concerne les filles, il peut, suivant le texte, les émanciper avant qu'elles aient été mises en rapport avec leurs maris. » Ce qui, d'après Abd el Baqui, signifie que le père a le droit de prononcer l'émancipation de ses filles avant leur mariage et alors même qu'il ne serait pas justifié, qu'elles sont aptes à se conduire et à défendre leurs intérêts; quant aux fils, le père les émancipe par le fait seul de son silence. Du vivant du père, dit sidi Khalil (1), l'interdiction, c'est-à-dire la minorité, cesse lorsque le jeune homme pubère est capable de gérer lui-même ses biens.

**508.** Le tuteur testamentaire a moins de pouvoirs que le père de famille. L'émancipation de sa part doit toujours être formelle, et ne porter que sur les mineurs dont la capacité est reconnue. On l'autorise cependant à émanciper la fille soumise à sa tutelle, après la célébration de son mariage, et ce, quand même il ignorerait si elle a ou non l'aptitude voulue (2).

**509.** Le kadi est aussi appelé à prononcer l'émancipation des mineurs dont la tutelle lui est confiée, mais il ne peut user de son droit qu'en faveur de ceux qui sont reconnus capables par des témoins dignes de foi. C'est donc la capacité du mineur et non son âge qui autorisent son émancipation; aussi voyons-nous le kadi malékite d'Alger maintenir en tutelle un mineur de 19 ans, (jugement du 21 mars 1864), le kadi de Miliana agir de même vis-à-vis d'un mineur de 23 ans (jugement du 14 octobre 1868), et la Cour conserver en minorité un jeune homme de 25

(1) Texte, p 49.
(2) Texte, p. 49.

ans (arrêt du 4 juillet 1870), tandis que dans la plupart des circonstances, les Arabes sont émancipés à leur 18e année.

**510.** Les mineurs ont le droit de provoquer leur émancipation; ils assignent à cet effet leur père ou leur tuteur devant le kadi qui entend les témoins et statue. C'est ainsi que le kadi hanafite d'Alger a, sur une demande en émancipation formée par Mohammed ben si Ali Embarek, entendu, en présence du mokkadem, Mohi-Eddine ben Alleb, quatorze témoins, « lesquels ont déclaré savoir de source certaine, exempte de doute et d'incertitude, que le jeune Mohammed se conduit d'une manière sage et droite, qu'il soigne et ménage ce qu'il a, ne se laisse point duper dans les affaires, qu'il s'agisse de vendre ou d'acheter, et qu'il est en état d'être délivré de la tutelle. » Et sur cette attestation non contredite, le kadi a prononcé l'émancipation de Mohammed ben Ali Embarek par jugement du 24 octobre.

Ainsi encore :

Aïcha bent Ahmed Chacouch el Turki s'est pourvue devant le kadi de Constantine pour faire déclarer qu'elle était en état de majorité, et sa demande a été accueillie par jugement du 10 mai 1864, rendu sur la déclaration faite devant le magistrat par sept témoins, ladite déclaration constatant que « les témoins connaissent parfaitement Aïcha, qu'elle était âgée de 22 ans environ, qu'elle avait de l'intelligence et du discernement et qu'elle était capable d'administrer elle-même ses affaires. »

Les mineurs, déboutés par jugement du kadi, peuvent se pourvoir d'appel, et nous voyons la Cour réformer, par arrêt du 10 octobre 1854, une décision de kadi et déclarer « majeur le nommé Kaddour, âgé de 26 ans, marié depuis quatre ans, père de famille, et dont la bonne conduite et l'aptitude à gérer ses biens a été établie par l'enquête faite à l'audience en présence de son tuteur et contradictoirement avec lui. »

**511.** L'émancipation n'est soumise à aucune formalité spéciale, à aucune solennité particulière. Elle résulte de la simple déclaration faite devant témoins par ceux qui en ont le pouvoir, qu'un tel est rachid, que telle femme est rachida.

Le père de famille émancipe ses filles de la même manière; quant aux fils, nous savons déjà (ci-dessus, n° 507) qu'ils sont émancipés de droit lorsqu'ils montrent l'aptitude voulue et que le

père n'a pas de déclaration à faire en ce qui le concerne. Son silence veut émancipation.

**512.** L'émancipation confère aux mineurs la seconde majorité, celle relative aux biens ; mais ses effets s'étendent aussi sur l'administration de la personne lorsqu'elle intervient avant l'âge de puberté. Nous avons vu en effet (ci-dessus, n° 28) que la femme rachida est affranchie du droit de djebr, et qu'elle ne peut plus être mariée que de son consentement.

**513.** Les deux majorités se prouvent par les moyens autorisés par la loi musulmane, actes, témoignages, notoriété publique.

---

## CHAPITRE XX.

### DE L'INTERDICTION ET DES AUTRES INCAPABLES.

---

SOMMAIRE.

514. Section Ire. De l'interdiction. — Autorisée par le Koran.
515. Causes en vertu desquelles elle peut être prononcée. — Folie. — Imbécillité. — Démence. — Prodigalité.
516. Qui peut la provoquer? — Parents. — Kadi.
517. Demande portée devant le kadi.
518. Témoignage des femmes admis.
519. Jurisprudence. — Jugement du kadi. — Arrêt de la cour d'Alger.
520. L'interdiction date du jugement. — Faits antérieurs.
521. Effet de l'interdiction.
522. Tutelle confiée au kadi ou par lui à un mokkadem.
523. Droit du tuteur sur les biens de l'interdit.
524. Le kadi ne peut autoriser l'interdit à faire certains actes.
525. L'incapacité de l'interdit n'est cependant pas absolue.
526. Droit du kadi relativement à l'administration de la personne.
527. Droit algérien. — Publication du jugement d'interdiction.
528. Comment cesse l'interdiction. — Droit de l'interdit et de son tuteur.
529. Conseil judiciaire.
530. Section II. Autres incapables. — Le malade, le condamné à mort, le soldat en expédition.
531. La femme mariée.
352. L'absent.

## SECTION I^re.

### DE L'INTERDICTION.

**514.** L'interdiction est autorisée par le verset du Koran : « Ne remettez pas aux ineptes les biens que Dieu a confiés à vos soins. »

**515.** Elle peut être prononcée pour cause de folie, d'imbécillité de démence et de prodigalité. Mouradja d'Ohsson l'indique en effet dans l'énumération qu'il donne : « l'interdiction, dit-il, frappe six classes d'individus, savoir : les mineurs, les vieillards imbéciles, les insensés, les esclaves, les prodigues et les banqueroutiers. « L'aliéné, porte le texte de sidi Khalil (1), est en état d'interdiction jusqu'à ce qu'il ait recouvré la raison. » Et par aliéné il faut entendre, d'après les commentateurs, non-seulement ceux qui sont privés de la raison, mais encore ceux qui en font un mauvais usage dans l'administration de leurs biens. Aussi la jurisprudence a-t-elle prononcé l'interdiction contre les prodigues — notamment kadi de Constantine, jugement du 17 août 1864; kadi de Milianah, jugement du 14 octobre 1868 ; Cour d'Alger, arrêts des 4 mars 1861, 4 avril 1865, 19 mars 1872. Un de ces arrêts, celui du 4 mars 1861, établit même le principe en termes fort nets : « Considérant, dit-il, que le mandat du tuteur de l'interdit s'étend, en droit musulman, à tous les intérêts de l'interdit, sans qu'une distinction soit admissible entre le cas où l'interdiction a pour cause l'imbécillité et celui où elle aurait été provoquée seulement par la prodigalité. »

L'arrêt du 4 avril 1865 est également utile à rapporter.

« Attendu que de l'enquête et de la contre-enquête à laquelle il a été procédé devant le juge de paix de Constantine, il ressort que les appelants ont des habitudes de prodigalité qui légitiment l'interdiction prononcée contre eux par la sentence dont est appel...; confirme..... »

Mais on ne peut appeler prodigue et par suite faire interdire l'individu qui fait des dépenses momentanément élevées ayant pour objet son entretien ou la guérison d'une maladie, ou qui consent à un échange lorsque cet échange n'est pas ruineux pour

(1) Texte, p. 50.

lui. Et l'on ne saurait assimiler non plus à une insensée la femme arrivée à un âge avancé et prononcer, par ce seul motif, l'interdiction contre elle. C'est ce qu'à décidé la Cour d'Alger par arrêt du 16 février 1869, ainsi conçu :

« Attendu que les témoins entendus par le kadi se sont bornés « à reproduire, en termes vagues et généraux, les reproches d'in- « capacité allégués par le fils Lalahoum, sans préciser aucun fait « radical d'où pourrait découler l'impuissance de ladite dame à « gérer et administrer ses biens et qui motiverait son interdic- « tion...; infirme. »

**516.** Tous les parents, à un degré successible ou non, peuvent valablement demander l'interdiction et le kadi a le droit de la prononcer d'office. C'est ce qui est reconnu par tous les auteurs et ce qu'a consacré une jurisprudence constante. Ainsi le kadi de Tlemcen, dans un jugement de 1865, a agi d'office sur la connaissance personnelle qu'il avait de la maladie de celui dont il a prononcé l'interdiction.

Le kadi de Constantine a reconnu au père le droit de provoquer l'interdiction de ses enfants majeurs, mariés et pères de famille (jugement du 17 août 1864), et la Cour d'Alger a admis, dans un arrêt récent, du 19 mars 1872, qu'un frère avait qualité pour faire interdire sa sœur malgré l'opposition de son mari.

**517.** La demande en interdiction est portée devant le kadi, où elle suit les évolutions de la procédure ordinaire et se termine par un jugement toujours susceptible d'appel.

**518.** Le kadi peut en cette matière admettre le témoignage des femmes.

La question soulevée devant la Cour d'Alger a en effet été tranchée par arrêt du 20 mars 1861 (1) portant :

« Attendu que sept femmes musulmanes entendues dans l'en- « quête ont attesté que sept ou huit ans avant sa mort la dame « Mimi avait le jugement troublé et qu'elle ne distinguait plus le « nom de ses deux filles ;

« Que lorsqu'il s'agit d'une femme, et d'une femme musulmame « que les usages séquestrent de la société des hommes étrangers « à sa famille, le témoignage des femmes, qui seules peuvent la

(1) *Recueil de robe*, 1861, p. 93.

« voir et la fréquenter librement, offre plus de certitude que celui « des hommes. »

**519.** Les jugements d'interdiction sont toujours motivés sur des constatations de fait et ne peuvent dès lors être d'aucune utilité pour établir les règles du droit ; nous croyons cependant, pour faire apprécier l'état de la jurisprudence, devoir rapporter les dernières décisions intervenues. Ce sont un jugement du kadi malékite d'Alger, du 31 octobre 1871, et deux arrêts de la Cour d'Alger des 19 mars et 17 août 1872.

Le jugement est ainsi conçu :

« Si Ameur ben Kéchout exposa à l'encontre de sa sœur germaine Moumina, qu'elle était incapable de diriger sa conduite, d'administrer ses biens et qu'elle prodiguait ou dissipait ses biens sans raison ; qu'il pouvait établir cela par témoignage et qu'en conséquence il voulait la placer sous tutelle. »

« Tous les témoins déclarèrent connaître parfaitement la femme Moumina ; ils affirmèrent qu'elle était incapable de se conduire, d'administrer ses biens, de distinguer ce qui lui était profitable de ce qui lui était nuisible ; que comme preuve de son incapacité, ils citèrent le fait par Moumina d'avoir remis toutes ses valeurs mobilières à son mari qui avait été les mettre en gage et en avait mangé l'argent d'une manière peu honorable. Ils ajoutèrent que tout ce que le mari avait touché, en vertu de la procuration que sa femme lui avait donnée, avait été également mangé par lui de la même manière. »

Et le kadi, accueillant favorablement la demande, prononça l'interdiction de Moumina.

Quant à l'arrêt, il confirme le jugement ci-dessus, et est ainsi motivé :

« Considérant que l'action d'Amar (Ameur) tend uniquement « à ce que sa sœur germaine Moumina soit protégée contre les « entraînements de son extrême confiance envers son mari, lequel « serait en voie de dissiper la fortune de sa femme et de réduire « celle-ci à la misère ; qu'une telle action est autorisée par la « législation musulmane et qu'il ne s'agit que de rechercher si « elle est justifiée au fond ;

« Considérant qu'il est constant que Moumina a investi son mari « Omar ben Haffaf de tous ses pouvoirs ; que celui-ci a déjà dis-

« sipé une partie de la fortune de sa femme, et a réalisé ses im-« meubles dans le but d'en employer le prix aux besoins de son « commerce; que les agissements d'Omar étant de nature à faire « craindre qu'il ne complète la ruine de sa femme, c'est à bon « droit que le kadi, en pareille situation et pour sauvegarder la « fortune de cette dernière, a déclaré qu'il y avait lieu de lui « nommer un tuteur;

« Par ces motifs, confirme. »

Le dernier arrêt de la Cour d'Alger infirme au contraire une décision du kadi; il porte :

« Attendu que le kadi malékite d'Alger a prononcé l'interdiction « de Titem par jugement du 12 juin 1872; que ce jugement s'ap-« puie sur des déclarations de témoins portant que ladite dame « est atteinte de folie; mais qu'il n'indique aucun des faits ou des « actes reprochés à Titem et qui seraient de nature à établir « qu'elle ne jouit réellement pas de ses facultés; que l'état moral « de l'appelante n'a point été légalement constaté, que dès lors « le jugement dont est appel n'a point été rendu dans les formes « et avec les garanties voulues par la loi;»

« Au fond :

« Attendu que Titem a subi à l'audience de la Cour un long et « minutieux interrogatoire; que ses réponses, toujours nettes et « précises, et les explications étendues qu'elle a données établis-« sent de la manière la plus formelle qu'elle jouit de toute sa « raison; que c'est donc à tort que le kadi a prononcé son inter-« diction...; infirme. »

**520.** L'interdiction date du jour du jugement qui l'a prononcée, et tous les actes antérieurs accomplis par le majeur sont en principe réputés valables et peuvent être ramenés à exécution par ceux qui y ont intérêt (1). Il y a cependant à ce principe une exception; la loi musulmane autorise, comme la loi française (2), l'annulation des actes antérieurs à l'interdiction, lorsque les causes de l'interdiction existaient notoirement à l'époque où les actes ont été passés. La Cour d'Alger l'a reconnu dans son arrêt du 4 mars 1861, portant :

(1) Comme en droit français.
(2) *Code civil*, art. 503.

« Considérant qu'il est de principe général que le consentement n'oblige qu'autant que la personne dont il émane a la conscience de ce qu'elle a fait ;

« Considérant que le droit musulman ne pouvait déroger et n'a dérogé, par aucune de ses dispositions, à ce principe qui est dominant et de tous les temps ; qu'il s'ensuit qu'en droit musulman comme en droit français, l'incapacité de l'interdit remonte aux faits antérieurs à l'interdiction toutes les fois qu'à l'époque où ils se sont accomplis la cause de l'interdiction existait déjà ;

« En fait :

« Considérant que des faits relatés par l'enquête et la contre-« enquête, il résulte que, longtemps avant les deux actes dont « s'agit au procès, l'état d'imbécillité d'Aïcha était de notoriété « publique ;

« Que la faiblesse d'esprit d'Aïcha ressort de l'ensemble même « des deux actes qui, ne lui offrant que des compensations déri- « soires de ce qu'elle vendait, devaient opérer infailliblement sa « ruine ;

« Qu'il y a lieu dès lors d'annuler les deux actes dont s'agit. »

**521.** Nous voilà fixés sur les causes de l'interdiction, sur les formalités à suivre pour la faire prononcer et sur l'époque à partir de laquelle ses effets se produisent. Voyons maintenant en quoi consistent ses effets.

L'interdiction assimile l'interdit au mineur ; elle place sa personne et ses biens sous l'administration d'un tuteur, et frappe de nullité tous les actes qu'il pourrait consentir et qui seraient de nature à compromettre ses intérêts (1).

**522.** Mais la tutelle de l'interdit n'est point confiée, comme celle du mineur, au père (aux proches parents chez les Hanafites) et au ouaci. La loi en investit le kadi seul, et la jurisprudence a décidé qu'aucune exception n'avait été faite à cette règle et, dès lors, que lorsque la femme mariée était interdite, dans l'espèce pour cause de prodigalité, le kadi n'était pas tenu de choisir le mari pour mokkadem. — Kadi malékite d'Alger, jugement du 31 octobre 1871 ; Cour d'Alger, arrêt du 19 mars 1872.

**523.** Le kadi administre donc les biens de l'interdit, il touche

(1) Trib. sup. d'Alger, jugement du 29 octobre 1838, et ci-dessous, n° 525.

ses revenus, fait emploi des sommes reçues et pourvoit à ses besoins, emprunte et prend des engagements en son nom et vend ses biens meubles et immeubles en se conformant aux règles prescrites pour les biens des mineurs.

524. La tutelle, à ce point de vue, est entière, et le kadi qui, par son jugement, autoriserait l'interdit à faire certains actes ou à prendre des engagements même limités, violerait la loi, et sa décision devrait être réformée. C'est là, en effet, ce qu'a décidé la Cour d'Alger dans son arrêt du 4 juillet 1870, portant :

« Attendu que la restriction apportée par le jugement est illu-
« soire, que dès qu'il serait permis à l'interdit de souscrire des
« engagements, il pourrait être pris contre lui des jugements et
« des hypothèques qui entraîneraient la vente de ses immeubles,
« bien qu'il ne les ait engagés ni vendus directement; que pour
« être efficace, l'interdiction doit donc être complète ; infirme. »

525. L'interdit est ainsi frappé d'incapacité, mais ce n'est pas là une incapacité absolue qui entraîne la nullité de tous les actes auxquels il a participé. En droit musulman comme en droit français, la nullité ne peut pas être opposée par les personnes capables qui auraient contracté avec l'interdit, et l'interdit lui-même, malgré les termes dont se sert sidi Khalil, n'est admis à en demander l'annulation qu'autant qu'ils lui ont porté préjudice, qu'ils l'ont lésé dans ses intérêts.

« Attendu, dit l'arrêt du 10 octobre 1842, que l'interdit ne
« peut être restitué contre ses engagements que lorsqu'il a été
« lésé; qu'en aucun cas il ne saurait s'enrichir aux dépens d'au-
« trui ; qu'il y a donc lieu de rechercher si la vente consentie par
« lui, et dont la validité est en discussion, a été ou non faite à vil
« prix. »

Et par application de ce principe, il a été jugé : que l'interdit qui avait reçu des fournitures était tenu de les payer dans la proportion de ce qu'elles lui avaient profité (tribunal supérieur d'Alger, jugement du 29 octobre 1838), et que l'interdit était tenu de restituer les sommes qu'il avait touchées et dont il avait profité ou d'en tenir compte. — Cour d'Alger, arrêt du 7 février 1843.

526. Le kadi, pour le gouvernement de la personne, a, en thèse générale, les mêmes droits sur l'interdit que le tuteur sur son pu-

pille ; l'assimilation n'est cependant pas complète, le texte de sidi Khalil nous indique, en effet (1), que l'interdit a le droit, lorsqu'il est pubère et qu'il agit dans ses moments lucides, de prononcer la répudiation, de reconnaître ou désavouer la paternité, d'affranchir une esclave enceinte de ses œuvres, d'accorder le pardon pour des injures ou des coups qu'il aurait reçus. Il peut aussi avouer une faute et autoriser, par cet aveu, une action contre lui en réparation ou dommages-intérêts.

**527.** Ici se place une question de droit algérien.

La loi musulmane n'impose pas, comme l'article 501 du Code civil, l'obligation de faire publier les jugements d'interdiction. Il est indispensable cependant pour la sécurité des transactions que les parties qui contractent avec un indigène soient assurées qu'il n'a point été frappé d'incapacité, et, pour atteindre ce résultat, on a soutenu plusieurs fois, devant les tribunaux, que l'article 501 était une disposition d'ordre public et qu'il était applicable aux musulmans en vertu du principe que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ; mais cette interprétation a été repoussée par deux arrêts de la Cour d'Alger,

L'un, du 11 octobre 1842, portant :

« Attendu qu'aucune disposition législative n'a imposé l'obli-
« gation d'afficher chez les notaires français les jugements por-
« tant interdiction ;

« Que l'effet de ces jugements est produit par le dépôt des
« titres de propriété chez le kadi, qui est le tuteur légal des inter-
« dits ; que cette mesure est suffisante pour prévenir l'aliénation
« illégale des biens leur appartenant, puisque cette aliénation ne
« peut avoir lieu que sur la production des titres de propriété et
« que les kadis ne sauraient s'en dessaisir qu'autant qu'ils ap-
« prouvent la transaction. »

L'autre, du 7 février 1843, est ainsi conçu :

« Attendu que l'accomplissement des conditions de publicité
« édictées dans l'article 501 du Code civil n'est pas prescrit par
« la législation musulmane ;

« Que l'inobservation de ces formes ne saurait dès lors donner

(1) Texte, p. 50.

« naissance à une fin de non-recevoir contre les demandes de « l'interdit tendant à obtenir la nullité des aliénations par lui « consenties depuis son interdiction. »

La question ne s'est pas, croyons-nous, reproduite devant les tribunaux. Les kadis ne font donc pas publier les jugements d'interdiction qu'ils prononcent. A Alger cependant les journaux mentionnent quelquefois ces jugements dans les annonces légales. En voici un exemple tiré du journal l'*Akhbar*, numéro du 30 juin 1872 : « Le public est prévenu qne sur la demande de si Djenouis, « défenseur près les tribunaux musulmans, agissant comme pré- « posé aux intérêts de la femme Rouza, le kadi malékite d'Alger a, « par jugement du 12 juin 1872, déclaré interdite la fille Tamani « bent Tamani ben Otman.

**528.** L'interdiction cesse avec les causes qui l'ont déterminée. Il y a donc lieu, lorsque l'interdit a repris l'usage de ses facultés, de le faire constater par témoins et d'obtenir du kadi une décision qui relève l'interdit de son incapacité.

L'interdit a qualité pour provoquer ce jugement, le tribunal supérieur d'Alger l'a reconnu en disant dans sa décision du 2 octobre 1837 « qu'il est incontestable que Hadj Omar avait le droit « de s'adresser au medjlès pour lui demander la mainlevée de « son interdiction ; qu'une pareille demande n'offre rien en soi de « contraire aux lois ; qu'elle est au contraire conforme au droit « naturel. » Et le kadi de Miliana l'a consacré dans une circonstance récente. Un nommé Abd el Hacq, interdit, a assigné son tuteur devant le kadi, et il a produit huit témoins qui ont attesté qu'il était émancipé au point qu'il ne se laisserait tromper par personne lorsqu'il s'agirait de ses biens ou de ses intérêts privés ; qu'il était apte à bien gérer et administrer sa fortune. Et sur cette attestation le kadi a, par jugement du 28 février 1870, relevé Abd el Hacq de l'interdiction précédemment prononcée contre lui.

Le tuteur a, de son côté, qualité pour contredire à la demande formée par l'interdit et pour relever appel de la décision rendue. — Jurisprudence constante de la Cour d'Alger, notamment arrêts des 6 janvier 1842 et 4 juillet 1870.

**529.** La loi musulmane ne connaît pas l'institution des conseils judiciaires, mais comme elle est toute favorable pour ceux qui sont incapables de gérer raisonnablement leurs biens, la Cour

d'Alger, dans un arrêt que nous croyons unique, arrêt du 14 février 1869, a ordonné que la femme Lalahoum serait assistée d'un conseil judiciaire, et qu'elle ne pourrait point faire sans lui les actes qui dépassent les bornes d'une simple administration.

## SECTION II.

### DES AUTRES INCAPABLES.

*Du malade. — Du condamné à mort. — Du soldat en expédition. — De la femme mariée. — De l'absent.*

**520.** Les mineurs et les interdits ne sont pas les seuls incapables prévus par la loi musulmane. Sidi Khalil indique (1) le malade, celui qui est atteint d'une maladie mortelle et qui est condamné par les médecins, le phthisique, par exemple, le condamné à mort, l'individu qui est amputé, le soldat qui est en expédition, et la femme enceinte de sept mois. Ils sont frappés d'interdiction, porte le texte, ce qui signifie que, pendant tout le temps où ils se trouvent dans l'état prévu, ils sont réputés n'avoir pas l'usage complet, raisonné de leurs facultés, et qu'ils sont soumis pour les actes qu'ils passent et les obligations qu'ils contractent aux mêmes règles que les interdits. Le kadi est constitué leur tuteur, mais sa tutelle ne consiste que dans certains actes de surveillance et ne lui confère qu'un seul droit, celui de faire annuler les actes dolosifs surpris à leur faiblesse ou arrachés à leurs derniers moments.

**521.** La femme mariée ne jouit pas d'une capacité entière; elle peut acheter, vendre, louer, aliéner ses biens sans avoir besoin de l'autorisation ou du consentement de son mari. — La loi n'a pas voulu cependant qu'elle pût se dépouiller entièrement... Aussi, tout en lui reconnaissant son droit propre, en a-t-elle limité l'exercice. « La femme, porte le texte (2), ne peut consacrer en dons ou autres œuvres pieuses ou en cautionnement plus du tiers de ses biens. » Des jurisconsultes généralisent même le principe et soutiennent que la femme n'a pas le droit, à elle seule, d'engager dans des opérations commerciales plus du tiers de sa fortune. Et cette opinion, controversée du temps de sidi Khalil, est aujourd'hui généralement admise.

(1) Texte, p. 50.
(2) Texte, p. 50.

Ici le kadi n'intervient pas. C'est le mari qui est constitué gardien de la fortune de sa femme ; c'est à lui qu'incombe le devoir de s'opposer à ce que la femme prenne des engagements dépassant le tiers de sa fortune, et si les engagements ont été pris, d'en faire prononcer la nullité. « Tant que le mari n'annule pas l'acte « fait par sa femme, dit le texte, cet acte reste valable. Il « conserve encore toute sa force si le mari n'en a pas eu connais- « sance avant le divorce ou avant son décès. »

Et lorsqu'il provoque la nullité des donations faites ou des obligations prises par la femme en sus du tiers de sa fortune, cette nullité atteint la totalité des engagements et non la portion seulement qui excède ce tiers. Si donc nous supposons qu'une femme ait eu des biens s'élevant ensemble à la somme de 3,000 francs, elle pourra disposer, sans le consentement de son mari, de 1,000 francs au maximum, et si elle s'engage par un même acte ou par plusieurs actes passés à un intervalle de moins d'un an pour une somme de 1,100 francs, la nullité sur la poursuite du mari portera sur la totalité. — Il en serait autrement si la femme avait pris des engagements successifs à plus d'un an d'intervalle l'un de l'autre, si, par exemple, elle s'était obligée d'abord pour 100 francs, puis pour plusieurs autres sommes semblables. Toutes les obligations qu'elle aurait prises seraient valables tant qu'elles n'atteindraient pas le maximum fixé, et celles-là seulement qui seraient contractées après que le maximum aurait été atteint pourraient être annulées.

C'est à ce délai de six mois, suivant quelques auteurs, et d'un an, d'après les autres, que sidi Khalil fait allusion quand il dit : « Quant au tiers laissé par la femme, elle ne peut en disposer que de loin en loin.

**532.** En droit musulman comme en droit français, l'absent est « celui dont on ignore la résidence actuelle ou dont on n'a « pas de nouvelles, et dont pour cette raison l'existence peut être « douteuse (1). »

Les biens de l'absent sont administrés par le mandataire ou fondé de pouvoirs qu'il a laissé à son départ et, à défaut du mandataire, par le kadi (2).

(1) Toullier, t. V.
(2) Mouradja d'Ohsson, t. VI, p. 114.

Le mandataire, le kadi ou son mokkadem, désignés sous le nom de tuteurs, ont le droit, d'après Mouradja d'Ohsson (1), « de « veiller aux intérêts de l'absent, de conserver ses propriétés, de « vendre tout ce qui est sujet à dépérissement et de fournir à la « subsistance de sa famille et même de ses proches parents qui « seraient dans l'indigence. »

Le tuteur remplace donc l'absent et exerce tous les droits qui lui appartiennent. En matière de succession, il n'en est cependant pas ainsi; la loi dispose que ses droits resteront suspendus jusqu'à ce qu'il reparaisse ou jusqu'à ce qu'on ait acquis la certitude qu'il existe ou qu'il est décédé.

Et si l'on continue à ne recevoir aucune nouvelle de lui, l'absent sera présumé décédé lorsqu'il aura atteint le plus long terme de la vie humaine, lorsque depuis sa naissance il se sera écoulé soixante-dix ou quatre-vingts ans d'après les Malékites, cent ou cent vingt ans suivant les Hanafites (2).

La succession de l'absent est alors ouverte, ses héritiers sont mis en possession de ses biens dans la proportion des droits que la loi leur accorde, et sa femme, devenue veuve, peut se remarier après avoir accompli son eudda.

(1) Mouradja d'Ohsson, t. VI, p. 114.
(2) Ci-dessus, n° 260.

---

# TABLE



## CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.



## CHAPITRE PREMIER.

### DEMANDE EN MARIAGE.



## CHAPITRE II.

### CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

---

## CHAPITRE III.

### CONSTITUTION DE DOT.

## CHAPITRE IV.

### DES EMPÊCHEMENTS A MARIAGE.



## CHAPITRE V.

### FORMALITÉS RELATIVES AU MARIAGE.

## CHAPITRE VI.

### NULLITÉS DE MARIAGE.

---

## CHAPITRE VII.

### DE LA PREUVE DU MARIAGE.

## CHAPITRE VIII.

### MARIAGES ENTRE INFIDÈLES ET ENTRE MUSULMANS ET INFIDÈLES.



## CHAPITRE IX.

### DROITS ET DEVOIRS DES ÉPOUX.

---

## CHAPITRE X.

### DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE. — ALIMENTS.

## CHAPITRE XI.

### DE L'EUDDA ET DE L'ISTIBRA.

---

## CHAPITRE XII.

### DU DIVORCE.

## CHAPITRE XIII.

### DE LA RÉPUDIATION.

## CHAPITRE XIV.

### SERMENTS ILA, DIHAR, LA'AN.

## CHAPITRE XV.

### DE LA PATERNITÉ, DE LA FILIATION, DE LA RECONNAISSANCE DE PARENTÉ ET DE LA PARENTÉ DE LAIT.

## CHAPITRE XVI.

### PUISSANCE PATERNELLE.



## CHAPITRE XVII.

### HADANA.

---

## CHAPITRE XVIII.

### DE LA TUTELLE.

---

## CHAPITRE XIX.

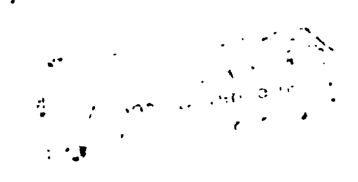
### DE LA MAJORITÉ.

## CHAPITRE XX.

### DE L'INTERDICTION ET DES AUTRES INCAPABLES.



FIN DU TOME PREMIER.



1903 — Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Ce, Rue Racine, 26.


LAW LIBRARY

